# Die einseitige Aufhebung des korrespektiven Testaments.

## § 2271 BGB.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

bei der

Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Walter Leipnitz
Referendar am Kgl. Landgericht Leipzig.

OTTO WIGAND
Verlagsbuchhandlung und Buchdruckerei m. b. H.
Leipzig 1910.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546827_0066

Baronesse Elisabeth v. Leoprechting

in München

gewidmet.

# Inhalt.


Seite

Einleitung. § 1. . . . . 9

**A. Die Aufhebung bei Lebzeiten beider Ehegatten.**

I. Die Formalisierung des Widerrufs.

a) Die Form des § 2271 Abs. 1 S. 1 BGB. § 2 . . . 15

b) Andere Formen der Aufhebung. § 3 . . . . . 26

II. Die Wirkung des Widerrufs. § 4 . . . . . 31

**B. Die Aufhebung nach dem Tode eines Ehegatten.**

I. Vor Eintritt der Bindung.

a) Allgemeines. § 5. . . . . 37

b) Die Ausschlagung der Zuwendung.

α) Das Subjekt der Ausschlagung. § 6 . . . . 38

β) Das Objekt der Ausschlagung. § 7 . . . . 43

γ) Die Form der Ausschlagung. § 8 . . . . 46

c) Die Aufhebung. § 9 . . . . . 48

d) Andere Fälle des Nichteintritts der Bindung. § 10 50

II. Nach Eintritt der Bindung.

a) Die Bindung. § 11 . . . . . 51

b) Der Umfang der Bindung. § 12 . . . . . 53

α) Von Todeswegen . . . . . 53

β) Unter Lebenden . . . . . 55

c) Die Ausnahmen von der Bindung . . . . . 57

α) Die Aufhebung nach Maßgabe des § 2294 BGB. § 13 . . . . . 58

β) Die sog. Enterbung in guter Absicht. § 14 . . 62

γ) Das Anfechtungsrecht des Überlebenden. § 15 64

# Literatur.


Brütt, Anordnung einseitiger Vermächtnisse und Auflagen, im Archiv f. Bürgerl. Recht, Bd. 29 S. 385 ff.

Cosack, Lehrbuch des deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 4. Aufl. Jena 1904.

Denkschrift zum Entwurfe des BGB. Berlin 1896.

Dernburg, Pandekten. Bd. 3. 7. Aufl. Berlin 1903.

Dernburg, Das deutsche Erbrecht. Halle 1905.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 3. 3.—5. Aufl. Berlin 1899.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. Bd. 2. 2. Aufl. Marburg 1901.

Fischer, Zur Lehre von den gemeinschaftlichen Testamenten, im Archiv f. Bürgerl. Recht. Bd. 6 S. 54 ff.

Frommhold, Kommentar zum Erbrecht des BGB. Berlin 1900.

Hartmann, G., Zur Lehre von den Erbverträgen und gemeinschaftlichen Testamenten. Braunschweig 1860.

Hellmann, in der Krit. Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Bd. 39 S. 212 ff.

Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte. Leipzig 1899.

v. Jacubezky, Bemerkungen zu dem Entwurfe eines BGB. München 1892.

Kiß, Zur juristischen Konstruktion der korrespektiven Verfügungen, im Archiv f. Bürgerl. Recht. Bd. 25 S. 175 ff.

Küntzel, Kritische Bemerkungen, in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts. Bd. 41 S. 603 ff.

Löwenwald, Die gemeinschaftlichen Testamente im BGB. Berlin 1899.

Mantey, Darf der überlebende Ehegatte das korrespektive Testament anfechten? In Gruchots Beiträgen Bd. 52 S. 384 ff.

Meyer, Das gemeinschaftliche Testament des BGB. Marburg 1908.

Neumann, Handbuch des BGB. Bd. 2. 5. Aufl. Berlin 1909.
Oswalt, Zum Begriff der korrespektiven Verfügungen. Deutsche Juristenzeitung 04 S. 735 ff.
Planck, Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch. Bd. 5. 3. Aufl. Berlin 1908.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des BGB. Bd. 5. Berlin 1899.
v. Staudinger, Kommentar zum BGB. Bd. 5. 3.—4. Aufl. München 1909.
Strohal, Das deutsche Erbrecht. Bd. I. 3. Aufl. Berlin 1903.
Wilke, Kommentar zum BGB. Bd. 5. Berlin 1900.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 3. 8. Aufl. Frankfurt a. M. 1901.

§ 1.

# Einleitung.

Wenn die Lehre von der einseitigen Aufhebung des korrespektiven Testaments vor dem Inkrafttreten des BGB. außerordentlich umstritten war, so erklärt sich das vorwiegend daraus, daß der Begriff des korrespektiven Testaments nicht genügend feststand. Diesem Mangel hat das BGB. abgeholfen. Es hat das Wesen der Korrespektivität klar zum Ausdruck gebracht und damit nicht nur viele der bisherigen Streitfragen von vornherein abgeschnitten, sondern auch eine sichere Grundlage für den weiteren Ausbau der Lehre geschaffen.

Zum besseren Verständnis der Abhandlung soll zunächst in kurzen Zügen eine Begriffsbestimmung des korrespektiven Testaments, wie es sich nach dem BGB. gestaltet, vorausgeschickt werden.

Wie schon äußerlich durch die Stellung der Vorschriften im Gesetz zum Ausdruck gebracht worden ist, stellt sich das korrespektive Testament des BGB. als eine Unterart des gemeinschaftlichen Testaments dar. Der Unterschied von diesem besteht darin, daß von den Eheleuten nicht nur ein äußerer, sondern auch ein innerer Zusammenhang ihrer gemeinschaftlichen Verfügungen gewollt ist. Ein jeder von ihnen hat seine Verfügung mit Rücksicht auf die des andern getroffen,

so daß er den Bestand seiner Verfügung von dem der entsprechenden Verfügung des andern abhängig macht.

Die Gültigkeit der Verfügung des einen Ehegatten ist aber bloß bestimmendes Motiv für den andern Ehegatten zur Errichtung seiner Verfügung. Jeder Ehegatte läßt sich bei Errichtung seiner Verfügung von der Erwartung leiten, daß die Verfügung des andern von Bestand bleibt, mag nun vorher zwischen beiden über das zu errichtende Testament eine Verständigung stattgefunden haben oder nicht. Das gegenseitige Abhängigkeitsverhältnis der Verfügungen ist demnach seiner juristischen Natur nach kein wechselseitig bedingtes [1]), kein vertragsmäßig vereinbartes [2]), kein erbvertragliches [3]). Auch die Konstruktionen der Voraussetzung [4]) und der Gesamtverfügung [5]) scheiden wegen der positiven Gestaltung der Lehre im Gesetz aus. Die Eigentümlichkeit der korrespektiven Verfügungen besteht vielmehr darin, daß zwischen ihnen nur ein im Willen der Ehegatten vorhandenes Abhängigkeitsverhältnis besteht, das die 2. Kommission zur Beratung des BGB. als Zusammenhang der Motive bezeichnet hat [6]). Um diesem Willen gerecht zu werden, hat das Gesetz ausnahmsweise dem Beweggrund eine besondere rechtliche Bedeutung verliehen.

Das korrespektive Testament besteht materiell aus zwei Testamenten. Ein Zusammenschluß der beiden

---

1) Vgl. Löwenwald S. 23, Brütt S. 389, Dernburg S. 257. Über den Unterschied der korrespektiven Verfügungen von den gegenseitig bedingten vgl. Meyer S. 41 Anm. 3.

2) Vgl. Endemann S. 192.

3) Vgl. Hellwig S. 598.

4) So fürs gem. Recht Windscheid, Pand. III S. 311 Anm. 5.

5) Vgl. Frommhold S. 242, Jacubezky S. 319, Kiß S. 182.

6) Protokolle Bd. 5 S. 450/1.

Testamente zur vertraglichen Bindung findet trotz des gemeinschaftlichen Errichtungsvorgangs nicht statt. Die korrespektiven Verfügungen behalten vielmehr ihren Charakter als selbständige einseitige Willensakte der Ehegatten[7]). Jede Verfügung ist darum frei widerruflich. Eine weitere Folge der Unabhängigkeit der Verfügungen ist die, daß auch für die einseitige Aufhebung des korrespektiven Testaments die allgemeinen, für gemeinschaftliche Testamente geltenden Aufhebungsbestimmungen Anwendung zu finden haben, soweit nicht eine durch die Korrespektivität bedingte abweichende Regelung im Gesetz vorgeschrieben ist.

Das korrespektive Testament braucht nicht seinem ganzen Inhalt nach korrespektiv zu sein; es kann vielmehr teils korrespektive, teils nicht korrespektive Anordnungen enthalten. Es kann auch e i n e Verfügung des einen Ehegatten zu m e h r e r e n des andern korrespektiv sein. Dagegen reicht es für den Begriff der Korrespektivität nicht aus, daß nur ein Ehegatte mit Rücksicht auf die Anordnung des andern verfügt. Da für diesen für die Errichtung seiner Verfügung die Verfügung jenes nicht maßgebend war, so kann von einem gegenseitigen Abhängigkeitsverhältnis der Verfügungen nicht die Rede sein. Die nur einseitig abhängigen Verfügungen sind darum keine korrespektiven im Sinne des Gesetzes und die für diese geltenden Bestimmungen finden auf jene keine Anwendung[8]).

Eine allgemeine Regel dafür, wann ein gemeinschaftliches Testament korrespektiv ist, läßt sich nicht aufstellen. Es ist vielmehr in jedem einzelnen Falle festzustellen, ob von den Eheleuten gegenseitige Ab-

---

7) RG. Bd. 50 S. 310.

8) A. A. Cosack S. 700, 3b. Gegen diesen vgl. Oswalt S. 735 ff., vgl. auch Meyer S. 41 Anm. 2.

hängigkeit der Verfügungen gewollt ist oder nicht. Da diese nur in den seltensten Fällen ausdrücklich ausgesprochen sein wird, muß sie vielmehr aus dem Inhalt der Verfügungen oder anderen Umständen (etwaigen mündlichen oder schriftlichen Äußerungen der Ehegatten, — schon das gemeinschaftliche Testieren allein kann unter Umständen dafür sprechen —) gefolgert werden. Zur Erleichterung der Auslegung in solchen Fällen, wo sich ein bestimmter Wille der Ehegatten nicht ermitteln läßt, bestimmt das Gesetz in § 2270 Abs. 2, daß Korrespektivität stets dann anzunehmen ist, wenn

1. die Ehegatten sich gegenseitig bedacht haben, gleichviel, ob durch Erbeinsetzung, Vermächtnis oder Auflage,

2. ein Ehegatte dem andern eine Zuwendung durch Erbeinsetzung oder Vermächtnis (nicht Auflage) macht und dieser [9]) für den Fall seines Überlebens zugunsten einer dem anderen verwandten oder nahestehenden Person verfügt hat [10]).

Da diese Bestimmung, wie schon aus der Terminologie des Gesetzes „im Zweifel" hervorgeht, eine Auslegungsregel [11]), keine Rechtsvermutung sein soll, so brauchen beide im Gesetz aufgeführten Fälle nicht immer korrespektiv zu sein. Sie sind es dann nicht, falls sich aus den Umständen ergibt, daß die gegen-

---

9) Nicht, wie die Denkschrift S. 433 und Frommhold annehmen, der Verstorbene, denn dann würde kein gemeinschaftliches, sondern nur einseitiges Testieren vorliegen. Vgl. auch Meyer S. 42 Anm. 6.

10) Ähnlich schon im gemeinen Recht (vgl. Fischer S. 74 ff.) und im sächs. BGB. § 2201. Ebenso im ALR. II, 1 § 493.

11) A. A. Denkschrift S. 433. Vgl. auch Prot. V S. 458.

seitige Abhängigkeit nicht gewollt ist. Andererseits sind sie nicht die einzigen Fälle, bei denen Korrespektivität anzunehmen ist. Diese kann vielmehr nach dem zum Ausdruck gebrachten oder zu vermutenden Willen der Testatoren z. B. auch dann vorliegen, wenn die Ehegatten nicht sich, sondern nur ihre gegenseitigen Verwandten bedenken.

Das Gesetz behandelt jedoch nicht alle im gegenseitigen Abhängigkeitsverhältnis stehenden letztwilligen Verfügungen als korrespektiv, sondern nur Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen (§ 2270 Abs. 3) [12]), da regelmäßig nur bei diesen ein so enger Zusammenhang vorliegt, um die Folgen der Korrespektivität auf sie auszudehnen. Andere letztwillige Verfügungen, als familienrechtliche Anordnungen, Bestellung eines Testamentsvollstreckers, Zuwendung nach § 1514 BGB. und dergl. werden vom Gesetz nicht als korrespektiv behandelt, auch wenn sie es nach dem Willen der Testatoren sein sollten. Dieses allein ist der Sinn des § 2270 Abs. 3 BGB., nicht aber der, als ob solche Verfügungen überhaupt nicht korrespektiv sein könnten.

Korrespektivität ist begrifflich auch bei Einzeltestamenten möglich. Allein auf diese sind die korrespektiven Sonderbestimmungen nicht anwendbar, da sie nach dem ausdrücklichen Wortlaut des § 2270 ein gemeinschaftliches Testament voraussetzen.

Dem selbständigen Charakter der korrespektiven Verfügungen einerseits, der infolge der Wechselseitigkeit der Beziehungen bestehenden vertragsähnlichen Bindung andererseits hat das Gesetz insofern Rechnung

---

12) Anders im gemeinen Recht, in dem jede Verfügung korrespektiv sein konnte.

getragen, als es bei Lebzeiten der Ehegatten an dem Grundsatz der freien Widerruflichkeit festhält, diese aber nach Ableben eines Ehegatten erheblich einschränkt. Die Bedeutung der Korrespektivität zeigt sich aber auch schon bei Lebzeiten beider in der Formalisierung des Widerrufs und in der Wirkung des einseitigen Widerrufs auf die Verfügung des andern Ehegatten.

# A. Die Aufhebung bei Lebzeiten beider Ehegatten.

## I. Die Formalisierung des Widerrufs.

§ 2.

a) Die Form des § 2271 Abs. 1 S. 1 BGB.

Ergibt sich aus der in § 1 dargelegten rechtlichen Natur des korrespektiven Testaments von selbst, daß bei Lebzeiten der Ehegatten jeder von ihnen seine korrespektiven Verfügungen unbeschränkt einseitig widerrufen kann [1]), so sind bei den Vorarbeiten zum BGB. die Meinungen darüber, wie dies am zweckmäßigsten zu gestalten sei, sehr verschieden gewesen. Die Mehrheit der 2. Kommission [2]) vertrat den Standpunkt, daß wegen der mit dem einseitigen Widerruf korrespektiver Verfügungen verbundenen tiefgreifenden Folgen für den andern Ehegatten die Aufhebung billigerweise mit dessen Kenntnis geschehen müsse, damit auch er in der Lage sei, anders zu verfügen. Sie empfahl wegen der Ähnlichkeit des Widerrufs einer

---

1) Ebenso im gemeinen Recht. A. A. jedoch zum Teil die ältere Lehre. Vgl. hierüber Hartmann S. 117 und Löwenwald S. 37/38.

2) Prot. V S. 453/4, vgl. auch Küntzel S. 605 und Denkschrift S. 433.

korrespektiven Verfügung mit der Erklärung des vorbehaltenen Rücktritts beim Erbvertrage die Anwendung der für diese vorgesehenen Form auch für jenen. Die vorgeschlagene und vom Gesetz schließlich angenommene Form des einseitigen Widerrufs ist in der Literatur vielfach, namentlich von Strohal [3]), Löwenwald [4a]) und Hellwig [4b]) angefeindet worden, weil sie begriffswidrig sei. Es widerspreche der freien Widerruflichkeit des Testaments, daß sich dessen Widerruf in den Formen des Rücktritts vom Erbvertrag vollziehe. Diese Bedenken können auf Grund der Erwägung, daß die Konstruktion des korrespektiven Testaments stark nach der Seite des Erbvertrags hinneigt und auch die freie Testamentswiderruflichkeit durch Erschwerung der Widerrufs f o r m nicht beeinträchtigt wird, nicht geteilt werden. Die Wahl der Form des § 2296 BGB. ist vielmehr im allgemeinen zu billigen [5]). Hiernach erfolgt der einseitige Widerruf einer korrespektiven Verfügung bei Lebzeiten beider Ehegatten durch eine gerichtlich oder notariell zu beurkundende Erklärung des widerrufenden Ehegatten gegenüber dem andern Ehegatten (§ 2271 Abs. 1 S. 1 BGB.)

Die Erklärung ist, da sie materiell eine Verfügung über die Erbfolge enthält, begrifflich Testament, mithin höchst persönlicher Akt. Sie kann daher nur durch den Widerrufenden persönlich, nicht durch einen Vertreter, gleichviel, ob gesetzlichen oder gewillkürten erfolgen. (§§ 2064, 2296 Abs. 1 BGB.) Dagegen ist Vertretung in der E r k l ä r u n g des Willens möglich, da der Übermittler einer Willenserklärung nicht Vertreter in diesem Sinne ist.

---

3) S. 333 Anm. 12.
4a) S. 65.
4b) S. 641 ff.
5) Vgl. Hellmann S. 225, Neumann S. 615, Planck S. 701.

Aus der Konstruktion des korrespektiven Testaments folgt, daß der widerrufende Ehegatte zum Widerruf, wie beim Einzeltestament, nicht der vollen Geschäftsfähigkeit bedarf, es vielmehr genügt, wenn er widerrufsfähig ist. Der wegen Geistesschwäche, Verschwendung, Trunksucht entmündigte, oder nach § 1906 BGB. unter vorläufige Vormundschaft gestellte Ehegatte kann sonach sein vor der Entmündigung errichtetes korrespektives Testament widerrufen. (§ 2253 Abs. 2 BGB.) Er bedarf hierzu der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters ebensowenig, als der minderjährige, über 16 Jahre alte Ehegatte. (§ 2229 Abs. 2 BGB.) Die Widerrufsfähigkeit muß im Augenblicke der Abgabe der Erklärung vorhanden sein. Späterer Gewinn nützt nicht, späterer Verlust schadet nicht. Verliert der Widerrufende die Widerrufsfähigkeit, bevor die Erklärung dem andern zugegangen ist, so wird der Widerruf dennoch wirksam, sobald er dem andern zugeht. (§ 130 Abs. 2 BGB.)

Unfähig zum Widerruf ist dagegen der geschäftsunfähige Ehegatte, also der sich in einem dauernden, die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befindliche, ferner der sonst zwar widerrufsfähige, aber zur Zeit des Widerrufs bewußtlose oder vorübergehend geistesgestörte (Hypnose, Fieber, sinnlose Betrunkenheit) (§ 105 Abs. 2 BGB.), und endlich der wegen Geisteskrankheit entmündigte Ehegatte. Die Widerrufsunfähigkeit des letzteren tritt mit Zustellung des Entmündigungsbeschlusses an den gesetzlichen Vertreter ein. (§ 661 CPO.) Erfolgt der Widerruf vor Eintritt der Unanfechtbarkeit des Entmündigungsbeschlusses und stirbt der Widerrufende noch vor deren Eintritt (§ 664 CPO.), so ist der Widerruf gültig (§ 2230 Abs. 1

BGB.), es sei denn, daß der Nachweis tatsächlicher Geisteskrankheit zur Zeit des Widerrufs geführt wird. Dasselbe gilt auch, wenn der entmündigte Ehegatte nach Stellung des Antrags auf Wiederaufhebung der Entmündigung widerruft und die Entmündigung danach aufgehoben wird (§ 2230 Abs. 2 BGB.). Der Nachweis, daß der wegen Geisteskrankheit entmündigte Ehegatte in einem lichten Moment widerrufen habe, verleiht dem Widerrufe im Gegensatz zum gemeinen Rechte keine Gültigkeit.

Die Erklärung des Widerrufenden bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Diese ist auch beim Widerruf des in den außerordentlichen Formen errichteten und des eigenhändigen korrespektiven Testaments erforderlich. Hierin muß eine Inkonsequenz des Gesetzes, die sich aus der nachträglichen Aufnahme des eigenhändigen Testaments ins Gesetz erklären dürfte, erblickt werden, insofern, als ein korrespektives Testament zwar ohne öffentliche Beurkundung errichtet, nicht aber widerrufen werden kann[6]). Warum sollte nicht auch ein eigenhändiges korrespektives Testament durch eigenhändige Erklärung widerrufen werden können, wenn nur die Mitteilung an den andern Ehegatten erfolgt? Damit wäre der Tendenz des § 2271 Abs. 1 BGB., dem andern Gatten die Kenntnisnahme des Widerrufs zu sichern, hinreichend entsprochen.

Da die Erklärung, obwohl materiell Testament, vom Gesetz formell als Geschäft unter Lebenden geregelt ist, gelten für die Beurkundung der Erklärung nicht die Bestimmungen der §§ 2233 ff. BGB., sondern der §§ 167/82, 198 FGG. und landesrechtliche Bestimmungen, die insbesondere für die notarielle Beurkun-

---

6) Die gleiche Inkonsequenz weist § 2291 Abs. 2 BGB. auf.

dung in Betracht kommen. Wird die Erklärung wegen Verhinderung am Sprechen durch Übergabe einer Schrift oder durch Zeichen abgegeben, so gilt § 178 FGG.

Die Erklärung ist, wie der Rücktritt vom Erbvertrage, dem andern Ehegatten gegenüber abzugeben. Sie ist also eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung. Die Bestimmungen der §§ 130 ff. BGB., die auch für erbrechtliche Willenserklärungen gelten[7]), kommen zur Anwendung. Wegen der Geschäftsfähigkeit des Erklärungsempfängers gilt das vorstehend über die Geschäftsfähigkeit des Widerrufenden Gesagte. Bei Geschäftsunfähigkeit des Erklärungsempfängers muß die Erklärung dessen gesetzlichen Vertreter zugehen. (§ 131 Abs. 1 BGB.) Ist der widerrufende Ehegatte selbst der gesetzliche Vertreter, so hat die Erklärung einem gemäß §§ 1795, 181 BGB. vom Vormundschaftsgericht bestellten Pfleger gegenüber zu erfolgen. Dagegen findet § 131 Abs. 2 BGB. keine Anwendung. Ist also der empfangende Teil in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so muß die Erklärung ihm selbst zugehen. Das folgt mangels ausdrücklicher Bestimmung des Gesetzes aus der Rechtslogik. Denn da nicht der gesetzliche Vertreter für den geschäftsbeschränkten Ehegatten widerrufen kann, wäre es dieser zuwider, wollte man die Möglichkeit dazu von der Mitteilung der Erklärung an dessen gesetzlichen Vertreter, statt an ihn selbst abhängig machen. Einer Einwilligung des gesetzlichen Vertreters bedarf es daher zur Rechtswirksamkeit des Widerrufs nicht[8]).

Am einfachsten und wohl auch am häufigsten voll-

---

7) RG. Bd. 65 S. 272.

8) A. A. Planck S. 701 und Meyer S. 49 vor dd und Anm. 31.

zieht sich der Widerruf in der Weise, daß beide Ehegatten gleichzeitig vor Gericht oder Notar erscheinen und die Widerrufserklärung des einen Ehegatten von dem andern entgegengenommen wird. In diesem Falle wird beurkundet, daß der eine Teil dem andern gegenüber den Widerruf erklärt hat. Ist dagegen gleichzeitige Anwesenheit der Ehegatten vor Gericht oder Notar nicht möglich, verweigert z. B. der andere Ehegatte die Entgegennahme der Widerrufserklärung, oder ist er abwesend oder unbekannten Aufenthalts, so wird zunächst die Erklärung des Widerrufenden beurkundet und sodann dem andern Ehegatten übermittelt.

Eine Form für die Mitteilung der Erklärung schreibt das Gesetz nicht vor. Diese kann demnach dem Widerrufsempfänger, sei es in Original oder Abschrift, übergeben oder sonstwie (durch Boten, Post und dergl.) zugestellt werden. Es muß auch für genügend erachtet werden, wenn ihm die Urkunde vorgelesen oder deren Inhalt auf sonst eine Weise bekannt wird. Zur Sicherung des Beweises, namentlich bei Annahmeverweigerung, empfiehlt sich Zustellung durch den Gerichtsvollzieher nach § 132 Abs. 1 BGB. verb. mit §§ 166 ff. CPO. Diese Form der Zustellung erscheint im Falle der Böswilligkeit des Widerrufenden nicht unbedenklich. Man denke daran, daß der widerrufende Ehegatte zu einer Zeit zustellt, wo der andere Ehegatte vorübergehend von Hause abwesend ist. Die dann eintretende Ersatzzustellung, die zwar nach § 185 CPO. an den Widerrufenden selbst nicht, wohl aber an Hausgenossen erfolgt, bringt die Gefahr mit sich, daß der Empfänger des Schriftstücks dieses dem Widerrufenden auf Verlangen aushändigt und damit möglicherweise die Kenntnisnahme durch den andern vereitelt, was das Gesetz gerade verhindern wollte. Die Möglichkeit der Umgehung der gesetzlichen Vorschrift erscheint nicht

unbedenklich. Es wäre daher vielleicht zweckmäßiger gewesen, in der Formalisierung des Widerrufs noch einen Schritt weiter zu gehen und Zustellung zu eignen Händen des Widerrufsempfängers zu erfordern.

Ist der Aufenthalt des andern Teils unbekannt, so ist öffentliche Zustellung nach § 132 Abs. 2 BGB. verb. mit §§ 203 ff. CPO. geboten. Die damit gegebene Möglichkeit des Widerrufs eines Testaments in der Form eines Zeitungsinserats mutet eigenartig an und ist eine im bisherigen Recht noch nicht dagewesene Erscheinung. Ist es ungewiß, ob der andere Ehegatte noch lebt, dann ist § 132 Abs. 2 BGB. nicht anwendbar, denn es ist ja nicht die Person des Erklärungsempfängers, sondern nur die Form der Erklärung ungewiß. Es ist daher vorsorglich sowohl die für den Widerruf bei Lebzeiten beider Teile vorgeschriebene Form, als auch die nach Ableben eines Teils erforderliche Form zu beobachten. Der Sicherheit halber empfiehlt sich das auch dann, wenn der andere Ehegatte für tot erklärt worden ist.

N e u e Verfügungen können in der Widerrufserklärung nicht getroffen werden, da diese vom Gesetz als Geschäft unter Lebenden behandelt wird. Will also der Widerrufende an Stelle der alten Verfügungen neue setzen, so bedarf es hier im Gegensatz zum nichtkorrespektiven Testament eines zweifachen Aktes: des Widerrufs der alten Verfügungen nach § 2271 Abs. 1 und der testamentarischen Errichtung der neuen Verfügungen.

Gesetzlich nicht geregelt ist die Frage, in welcher Form die einseitige A b ä n d e r u n g einer korrespektiven Verfügung zu erfolgen habe. Für das gemeine Recht war die Frage bedeutungslos, da nach herrschender Ansicht einseitiger teilweiser Widerruf unzulässig

war [9]). In der Literatur des BGB. gehen die Meinungen auseinander. Die einen fordern vor Errichtung der abändernden Verfügung Aufhebung nach § 2271 Abs. 1 S. 1 BGB. [10]), während die andern diese Form nicht angewendet wissen wollen, da die Abänderung einer korrespektiven Verfügung deren Widerruf nicht gleichzustellen sei [11]). Aus dem Schweigen des Gesetzes über die Form des teilweisen Widerrufs muß gefolgert werden, daß je nach Lage des Falles die eine oder die andere Form zur Anwendung zu bringen ist. Entscheidend hierbei ist lediglich der Gesichtspunkt, ob durch die Abänderung die Lage des korrespektiv Bedachten beeinträchtigt wird oder nicht. Verschlechtert die abändernde Verfügung die Lage des im korrespektiven Testament bedachten andern Ehegatten oder des ihm verwandten oder sonst nahestehenden Dritten (Beschränkung des Bedachten mit Vermächtnissen oder Auflagen) wesentlich, so ist es ein Gebot der Billigkeit, daß der andere Ehegatte von der Abänderung erfährt, denn dann kommt diese einem Widerruf wirtschaftlich gleich oder mindestens sehr nahe. In diesem Falle ist Widerruf in der Form des § 2271 Abs. 1 S. 1 BGB. Voraussetzung für die Abänderung. Beschwert dagegen die Anordnung den Bedachten nicht oder nur unwesentlich (Aufhebung oder Herabsetzung eines diesem auferlegten Vermächtnisses), dann bedarf es der Wahrung dieser Form, die den Schutz des Bedachten bezweckt, nicht. Sie würde hier zwecklos sein. Inwieweit im

---

9) Vgl. auch ALR. II, 1 §§ 487/8 und die bei Hartmann S. 140/1 Citierten.

10) Strohal S. 334/5 Anm. 17 und Planck S. 706 auf Grund eines aus Abs. 3 zu entnehmenden argumentum e contrario.

11) Dernburg S. 261 Nr. 2, Frommhold S. 244, Brütt S. 392. Vgl. auch Hellwig S. 645 IV.

einzelnen Falle wesentliche Verschlechterung der Lage des Bedachten vorliegt, ist Sache richterlichen Ermessens.

Die Abänderung kann nicht gleichzeitig mit dem Widerruf erklärt werden, da dieser formell keine letztwillige Verfügung ist. Es ist daher zunächst Erklärung des Widerrufs und sodann Errichtung der veränderten Verfügung erforderlich. Soll die Abänderung nur in einem Punkte erfolgen, im übrigen aber das korrespektive Testament bei Bestand bleiben, so bedarf es des Widerrufs und folglich auch der Neuerrichtung nur insoweit.

Die formgerechte Erklärung des Widerrufs bewirkt die Hinfälligkeit der widerrufenen korrespektiven Verfügung in dem vom Widerrufenden zum Ausdruck gebrachten Umfange. Die Unwirksamkeit tritt mit der Übermittlung der Erklärung an den andern Teil, bezw. dessen Vertreter bei Geschäftsunfähigkeit jenes ein. (§ 130 Abs. 1 BGB.) Auf den Eintritt der Wirkung ist es ohne Einfluß, ob der andere Ehegatte dem Widerruf zustimmt oder überhaupt Kenntnis davon erlangt. Stirbt er nach Abgabe der Erklärung durch den Widerrufenden, jedoch noch vor deren Zustellung, so kann der Widerruf keine Wirkung erlangen, denn die Voraussetzung des § 2271 Abs. 1 S. 1 BGB., daß der Widerruf bei Lebzeiten beider Ehegatten erfolgt ist, liegt nicht mehr vor [12]). Dagegen ist es ohne Einfluß, wenn der Widerrufende nach Abgabe der Erklärung stirbt, bevor diese dem andern zugegangen ist. (§ 130 Abs. 2 BGB.) Voraussetzung hierbei ist jedoch, daß der widerrufende Ehegatte seinerseits alles zur Übermittlung erforderliche getan, insbesondere die Zusendung der Erklärung an den andern Ehegatten veranlaßt hat. Wäre die Ab-

12) RG. Bd. 65 S. 272 ff.

sendung aus irgend einem Grunde bis zu seinem Tode unterblieben, so könnte der Widerruf auch dann nicht mehr wirksam werden, wenn die Erklärung nach seinem Tode dem andern Ehegatten zuginge.

Nicht korrespektive oder etwa vorhandene weitere korrespektive Verfügungen des widerrufenden Gatten, auf die sich der Widerruf nicht erstreckt, werden im Zweifel nicht mitergriffen, es sei denn, daß der Widerrufende diese Verfügungen ohne die widerrufene annehmbar nicht getroffen hätte. Dann würden freilich nach §§ 2085, (139) BGB. auch sie hinfällig im Gegensatz zum Rücktritt vom Erbvertrage. (§ 2299 BGB.) Ebenso macht teilweiser Widerruf nicht die ganze korrespektive Verfügung des teilweise Widerrufenden, sondern nur, soweit abgeändert ist, unwirksam [13]).

Da die Form des § 2271 Abs. 1 S. 1 BGB. lediglich für die korrespektiven Verfügungen eines gemeinschaftlichen Testaments vorgeschrieben ist, werden die nicht korrespektiven Verfügungen des Testaments durch Widerruf in dieser Form nicht beseitigt. Für sie gelten vielmehr die allgemeinen Testamentswiderrufsformen. Will also ein Ehegatte sein teils korrespektive, teils nicht korrespektive Verfügungen enthaltendes Testament in vollem Umfange aufheben, so muß er die korrespektiven Verfügungen nach § 2271 Abs. 1 S. 1 BGB. widerrufen, die nicht korrespektiven dagegen in den allgemeinen Formen aufheben. Als solche kommen in Betracht:

1. Das öffentliche oder eigenhändige Testament nach §§ 2254 und 2258 BGB. Auch ein dem gemeinschaftlichen Testament einseitig beigefügter Zusatz, der den Erfordernissen des eigenhändigen Testaments entspricht, genügt.

---

13) A. A. Brütt S. 389.

2. Der Erbvertrag nach § 2289 BGB.

3. Vernichtung oder Veränderung der Testamentsurkunde nach § 2255 BGB.[14]). Auch wenn das ganze Testament vernichtet wird, so werden dadurch nur die nicht korrespektiven Verfügungen hinfällig, die korrespektiven bleiben trotz Beseitigung der Urkunde gültig. Wegen der damit verbundenen Rechtsunsicherheit empfiehlt sich indessen diese Form des Widerrufs nicht, juristisch oder gesetzlich unmöglich ist sie aber keineswegs. Nicht in Betracht kommt die Rücknahme aus amtlicher Verwahrung nach § 2256 BGB., da gemäß § 2272 BGB. das Testament nur an beide Ehegatten zurückgegeben wird. Erfolgt gleichwohl die Herausgabe auf einseitigen Antrag (bei Versehen, Unredlichkeit des Verwahrungsbeamten) und wird alsdann das Testament in Widerrufsabsicht einseitig vernichtet, dann ist der Widerruf nach § 2255 BGB. wirksam. Die gesetzwidrige Erlangung des Testaments aus der Verwahrung allein würde diesen Erfolg nicht herbeiführen, da das Gesetz nur an eine ordnungsmäßige Aushändigung die Fiktion des § 2256 BGB. knüpft.

Ist die Korrespektivität der Verfügungen zweifelhaft, so ist es ratsam, solche Verfügungen in der korrespektiven und auch in der nicht korrespektiven Form einseitig aufzuheben.

Enthält das Testament auch korrespektive Verfügungen, die nicht Erbeinsetzungen, Vermächtnisse oder Auflagen sind, so sind diese nach den für nicht korrespektive Verfügungen geltenden Regeln aufzuheben. Das folgt daraus, daß § 2271 Abs. 1 BGB. den ganzen § 2270 BGB., also auch dessen Abs. 3 zitiert. Eine Ausdehnung der Vorschrift des § 2271 Abs. 1 S. 1 auf solche andere korrespektive Verfügungen würde

---

14) A. A. Planck S. 700.

auch zwecklos sein, da deren Aufhebung die Wirkung des § 2270 Abs. 1 BGB. nicht zur Folge hat.

Ein Widerruf des Widerrufs nach § 2271 Abs. 1 S. 1 BGB. ist unzulässig [15]). § 2257 BGB. findet keine entsprechende Anwendung, da er voraussetzt, daß der Widerruf durch Testament erfolgt ist. Die Form des § 2271 Abs. 1 S. 1 BGB. ist aber kein Testament in diesem Sinne [16]).

## § 3.

### b) Andere Formen der Aufhebung.

Außer der in § 2271 Abs. 1 S. 1 BGB. vorgeschriebenen Form kommt für die einseitige Aufhebung eines korrespektiven Testaments als gesetzliche eine andere nicht in Betracht. Gleichwohl ist die gesetzliche nicht die einzige Aufhebungsform. Das ist aus § 2271 Abs. 1 S. 2 BGB. zu folgern, der überflüssig wäre, sollte durch ihn nicht zugleich ein etwaiges Mißverständnis ausgeschlossen werden, als ob die Form in Abs. 1 die einzige Aufhebungsmöglichkeit sei. Da die Formalisierung des Widerrufs lediglich im Interesse des nicht widerrufenden Gatten erfolgt ist, so kann die gesetzliche Form nicht zwingend sein, wenn der geschützte Gatte auf den Schutz verzichtet. Das ist aber dann der Fall, wenn die Gatten im korrespektiven Testament eine Erleichterung der Aufhebungsform vereinbaren [1]). Derartige Vereinbarungen haben auf den korrespektiven Charakter der Verfügungen keinen Einfluß, da, wie in § 1 dargelegt worden ist, die Formalisierung des Widerrufs

---

15) Widerruf der Widerrufserklärung, die noch nicht wirksam geworden ist, ist zulässig. (§ 130 Abs. 1 S. 2 BGB.)

16) Vgl. auch Meyer S. 50.

1) A. A. Mantey S. 390 Anm. 7 und Meyer S. 47 Anm. 23.

kein Begriffsmerkmal der Korrespektivität ist [2]). Gleichwohl wird im konkreten Falle unter Umständen aus der vereinbarten Formerleichterung geschlossen werden können, daß die Verfügungen nach dem Willen der Eheleute nicht korrespektiv sein sollen, namentlich dann, wenn noch andere Anhaltspunkte für diesen Willen dazu kommen.

Eine Erschwerung der Aufhebungsform ist dagegen nicht möglich, denn eine noch größere Formalisierung würde mit der rechtlichen Natur einer letztwilligen Verfügung nicht mehr vereinbar sein. Sie würde die Verfügungen dem Erbvertrag zu sehr nähern.

Ausdrücklich vom Gesetz ausgeschlossen ist die Aufhebung durch eine neue einseitige Verfügung von Todeswegen. (§ 2271 Abs. 1 S. 2 BGB.) [3]). Aufhebung durch einseitiges Widerrufstestament, einseitiges Testament nach § 2258 BGB., Erbvertrag eines Ehegatten mit einem Dritten, sofern der Vertragsinhalt dem korrespektiven Testament widerspricht (§ 2289 BGB.) und Verfügung nach § 2299 BGB. vermögen daher die korrespektiven Verfügungen nicht aufzuheben und zwar auch dann nicht, wenn der andere Teil der Aufhebung zustimmt [4]). Die gegenteilige Ansicht widerspricht sowohl der Auffassung der 2. Kommission, als auch dem sonstigen Sprachgebrauch des Gesetzes, das „einseitig" im Sinne von „nicht vertragsmäßig" und im Gegensatz zu „zweiseitig" verwendet. (Vgl. §§ 2299 Abs. 1, 1937 BGB.) Auch Gründe der Rechtssicherheit

---

2) A. A. Planck S. 702.

3) Anders im preußischen Recht, das diese Form der Aufhebung zuließ. (ALR. II, 1 § 485.)

4) Ebenso Planck S. 702, Cosack S. 643, Küntzel S. 605/7. A. A. Strohal 2. Aufl. S. 185 ff., jedoch in 3. Aufl. S. 334 nicht mehr aufrecht erhalten, Enneccerus-Lehmann S. 769, Löwenwald S. 68, Wilke S. 246 Anm. 3.

sprechen nicht für die Gegenansicht. Da die Zustimmung mangels einer gesetzlichen Vorschrift nach allgemeinen Grundsätzen auch formlos sein könnte, würde der Zweck des Gesetzes, das gerade durch strenge Formvorschriften die frühere unsichere und unklare Rechtslage beseitigen wollte, verfehlt sein, wollte man eine formlose Zustimmung genügen lassen.

Den Gegensatz zur Aufhebung durch neue einseitige Verfügung von Todeswegen bildet demnach nicht die mit Zustimmung des andern Teils erfolgte, sondern die von beiden Teilen ausgehende gemeinschaftliche Aufhebung. Als solche kommen in Betracht das gemeinschaftliche Widerrufstestament, das gemeinschaftliche Testament nach § 2258 BGB., die gemeinschaftliche Testamentsrücknahme nach §§ 2256, 2272 BGB., die gemeinschaftliche Vernichtung des Testaments in gemeinschaftlicher Widerrufsabsicht nach § 2255 BGB. und der zwischen beiden Eheleuten abgeschlossene Erbvertrag nach § 2289 Abs. 1 S. 1 BGB.

Da auch § 2271 Abs. 1 S. 2 BGB. den nicht widerrufenden Ehegatten schützen, einen heimlichen Widerruf hinter seinem Rücken verhüten will, so hat die Nichtbeachtung der Vorschrift nicht absolute Nichtigkeit, sondern nur Unwirksamkeit eines vor Aufhebung der korrespektiven Verfügung errichteten einseitigen Testaments zur Folge. Die korrespektive Verfügung steht der neuen Verfügung nur als äußeres Hindernis entgegen, das noch jederzeit wirksam beseitigt werden kann. Wird der Widerruf der korrespektiven Verfügungen, gleichviel, ob des einen oder andern Teils, noch formgerecht nachgeholt, so ist der Zweck der Schutzvorschrift erreicht und der Wirksamkeit des neuen Testaments steht nichts mehr im Wege [5]).

---

5) Ebenso Strohal S. 336, Planck S. 702.

Eine Ausnahme von § 2271 Abs. 1 S. 2 BGB. bildet die Pflichtteilbeschränkung in guter Absicht (§ 2271 Abs. 3 BGB.). Da die Maßregeln nach § 2338 BGB. streng genommen gar nicht unter den Begriff des Widerrufs fallen, sie wollen ja dem Bedachten die Zuwendung nicht entziehen, sondern vielmehr sichern, so kann deren Anordnung einseitig durch letztwillige Verfügung erfolgen und zwar auch schon bei Lebzeiten beider Ehegatten [6]). Das Nähere über die Pflichtteilsbeschränkung in guter Absicht siehe in § 14.

Gleich dem Satz 1 in § 2271 Abs. 1 BGB. will auch Satz 2 nicht so zwingend sein, daß den Eheleuten verwehrt wäre, in ihrem Testament die Zulässigkeit einer künftigen einseitigen, testamentarischen Aufhebung rechtswirksam zu verfügen. Auch hierdurch wird der korrespektive Charakter des Testaments in keiner Weise berührt [7]).

Ob die Eheleute durch die Gestattung der einseitigen Aufhebung nicht den Abs. 1 S. 2, sondern vielmehr den Abs. 2 S. 1 oder beides ausschließen wollen, ist Sache richterlicher Auslegung.

Weitere Ausnahmen von § 2271 Abs. 1 S. 2 BGB. sind nicht zuzulassen, insbesondere erscheint es verfehlt, ohne ausdrückliche Verweisung des Gesetzes § 2291 BGB. auf das korrespektive Testament analog anzuwenden. Korrespektive Vermächtnisse und Auflagen können durch Testament mit rechtsverbindlicher Kraft nicht einseitig aufgehoben werden, selbst wenn gerichtlich oder notariell beurkundete Zustimmungs-

---

6) Ebenso Staudinger S. 616.

7) A. A. Planck l. c., ebenso Strohal S. 335, wenigstens für den Fall, daß Ausschluß der Wirkung nach § 2270 BGB. nicht vereinbart ist.

erklärung des andern Ehegatten dazu kommt [8]). Eine analoge Ausdehnung des § 2291 BGB. wäre aber auch vollkommen überflüssig gewesen, da die Aufhebung durch gemeinschaftliche Verfügung von Todeswegen einfacher und schneller zum Ziele führt. Der § 2291 ist darum nur von Bedeutung, wenn die Erbvertragsparteien nicht Ehegatten sind.

Es ist endlich noch die Frage zu erörtern, ob den Eheleuten, solange sie beide leben, ein Anfechtungsrecht ihrer korrespektiven Verfügungen zusteht oder nicht. Das Gesetz schweigt. Die Protokolle der 2. Kommission lehnten ein Anfechtungsrecht des Testamentserblassers als entbehrlich ab, da der Erfolg der Anfechtung durch die jederzeit freistehende Aufhebung erreicht werden könne. Das trifft auch für die Testatoren des korrespektiven Testaments zum mindesten bis zum Ableben eines von ihnen zu. Aber auch aus den allgemeinen Vorschriften über Anfechtung von Willenserklärungen (§§ 119 ff., 142 ff. BGB.) kann ein Anfechtungsrecht nicht hergeleitet werden, da das korrespektive Testament als einseitiges, nicht empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft weder einer Behörde gegenüber zu erklären ist (§ 143 Abs. 3 BGB.), noch auch irgend jemand einen rechtlichen Vorteil aus der letztwilligen Verfügung erlangt hat (§ 143 Abs. 4 BGB.), es mithin an einem Anfechtungsgegner fehlt. Es ist daher die Frage zu verneinen [9]).

---

8) Ebenso Planck S. 702 und Küntzel S. 607 Anm. 3. A. A. Strohal S. 335/6 und Meyer S. 47 Anm. 23, a. E.

9) Ebenso Mantey S. 388/9. A. A. Dernburg S. 137/8 Nr. 4 und S. 259 vor § 93, Frommhold S. 245, 4.

§ 4.

## II. Die Wirkung des Widerrufs.

Über die Wirkung des einseitigen Widerrufs auf die korrespektiven Verfügungen des andern Ehegatten gingen im gemeinen Recht die Ansichten auseinander. Die einen legten dem einseitigen Widerruf auf die entsprechende korrespektive Verfügung des andern Ehegatten keine Wirkung bei [1]). Die andere, herrschende Meinung hingegen ging dahin, daß der einseitige Widerruf einer korrespektiven Verfügung die entsprechende korrespektive Verfügung des andern Ehegatten hinfällig mache [2]). Dieser Auffassung ist das preußische und sächsische Recht und auch das BGB. beigetreten [3]). (§ 2270 Abs. 1 BGB.)

Der tiefere Grund dieser Wirkung liegt im Wesen des korrespektiven Testaments begründet. Da nach dem Willen der Eheleute deren korrespektive Verfügungen miteinander stehen und fallen, so ist es im Zweifel auch gerechtfertigt, daß der Wegfall einer Verfügung den Wegfall der entsprechenden des andern Ehegatten nach sich zieht. Da diese Folge jedoch nicht immer dem Willen der Testatoren zu entsprechen braucht, so kann die Vorschrift des § 2270 Abs. 1 BGB. nur als Auslegungsregel aufgefaßt werden. Ihre Beschränkung muß daher für zulässig erachtet werden, wenn sie von den Eheleuten gemeinschaftlich im Testament bestimmt worden ist oder wenigstens aus dem Testament ein dahingehender Wille zu entnehmen ist. Die Wirkung

---

1) Hartmann S. 128 ff., vgl. auch die bei Fischer S. 82 citierten älteren Vertreter dieser Ansicht.

2) Windscheid S. 311, Dernburg, Pand. S. 185 Nr. 3 u. a.

3) ALR. II, 1 § 485, sächs. BGB. § 2214, vgl. auch Denkschrift S. 433.

kann mithin an Bedingungen geknüpft, aber auch völlig ausgeschlossen werden [4]), ohne daß das auf den korrespektiven Charakter der Verfügungen irgend welchen Einfluß hat. Die Folge davon ist, daß bei deren Widerruf die Form des § 2271 Abs. 1 S. 1 BGB. gewahrt werden muß.

Die Unwirksamkeit tritt mit dem Zeitpunkte, in dem der Widerruf wirksam wird, von selbst ein, ohne daß es einer Erklärung oder Tätigkeit des andern Ehegatten bedarf. Ein Wiederwirksamwerden ist unmöglich, da der Widerruf des Widerrufs nach § 2271 Abs. 1 S. 1 BGB. unzulässig ist. Ohne Einfluß auf die Wirkung ist es, ob der nicht widerrufende Teil Kenntnis vom Widerrufe erlangt hat oder nicht, ob er sich einverstanden erklärt oder nicht. Er vermag die Wirkung auch nicht dadurch abzuwenden, daß er seine Verfügung stillschweigend oder ausdrücklich bestätigt [4a]). Das Fortbestehen der hinfällig gewordenen Verfügung kann darum nur durch Errichtung einer neuen Verfügung gleichen Inhalts oder des Inhalts, daß die frühere Verfügung bestehen bleiben solle, erreicht werden. Die Folge davon ist, daß ihre Fortdauer dann unmöglich wird, wenn ihr Errichter nach dem Widerruf die positive Testierfähigkeit verloren hat.

Dem Widerruf stellt das Gesetz in Bezug auf die Wirkung die Nichtigkeit gleich, sei es nun, daß die korrespektive Verfügung wegen materieller oder formeller Mängel von vornherein nichtig war [5]), sei es,

---

4) Ebenso Strohal S. 335, Neumann S. 614, a. A. Mantey S. 391.

4a) Anders Windscheid S. 311 Anm. 5 und die herrschende Ansicht des gem. Rechts.

5) War dem einen Ehegatten die Nichtigkeit der Verfügung des anderen schon bei Errichtung des Testaments be-

daß sie es nachträglich, etwa durch Anfechtung Dritter, wurde [5a]). Ausschlagung des bedachten Dritten, sowie dessen Versterben vor dem Erbfalle hat die Wirkung des § 2270 Abs. 1 BGB. nicht zur Folge, denn beides bewirkt nicht Nichtigkeit, sondern lediglich eine tatsächliche Wirkungslosigkeit der Verfügung, die in ihrem innern Bestand gültig bleibt und nur nach außen die Wirkung verliert [6]). Im konkreten Falle kann indes auch die tatsächliche Wirkungslosigkeit die Wirkung des § 2270 Abs. 1 BGB. nach sich ziehen, falls ein dahingehender Wille der Gatten ausgesprochen oder auszulegen ist.

Falls eine von mehreren Verfügungen, die nur mit einer Verfügung des andern Teils in gegenseitigem Abhängigkeitsverhältnis stehen, widerrufen wird, so bewirkt die nach § 2270 Abs. 1 BGB. eintretende Hinfälligkeit der Verfügung des andern Teils ihrerseits nicht wiederum die Unwirksamkeit der übrigen korrespektiven Verfügungen des Widerrufenden, es sei denn, daß § 2085 BGB. Platz greife. Diese Hinfälligkeit ist keine Nichtigkeit im Sinne der Vorschrift. Auch würde das Unwirksamwerden der übrigen Verfügungen des Widerrufenden gegen dessen Willen sein. Denn daraus, daß er nur eine der mehreren korrespektiven Verfügungen widerrufen hat, ist eben zu folgern, daß er die anderen bestehen lassen will.

Bei nur einseitiger Abhängigkeit der Verfügungen übt der Widerruf der einseitig abhängigen Verfügung die Wirkung des § 2270 Abs. 1 BGB. nicht aus, da der andere Ehegatte seine Verfügung unabhängig von jener

---

kannt, so ist ein gegenseitiges Abhängigkeitsverhältnis der Verfügungen überhaupt zu verneinen.

5a) Vgl. Meyer S. 45 vor b.

6) Ebenso Strohal S. 327 Anm. 31 und Planck S. 698, vgl. auch Meyer S. 44 Anm. 13.

getroffen hat. Ebensowenig hat der Widerruf der nicht abhängigen Verfügung diese Wirkung auf die einseitig abhängige, da bei einseitiger Abhängigkeit der Verfügungen, wie im § 1 hervorgehoben, Korrespektivität im Sinne des Gesetzes nicht vorliegt. Die einseitige Abhängigkeit ist auch nicht insofern von Bedeutung, als der einseitig abhängig verfügende Teil bei Widerruf des andern Teils wegen Irrtums im Beweggrunde seine Verfügung anfechten könnte, da bei Lebzeiten der Eheleute nicht diesen, sondern nur Dritten das Anfechtungsrecht nach § 2078 Abs. 2 BGB. zusteht [7]).

Diejenigen Verfügungen des einen Teils, die mit den widerrufenen oder nichtigen Verfügungen des andern Teils nicht im korrespektiven Verhältnis stehen, berührt der Widerruf oder die Nichtigkeit nicht. Selbst, wenn der Widerrufende seine sämtlichen (korrespektive und nicht korrespektive) Verfügungen widerruft, so werden nur die korrespektiven Verfügungen des andern unwirksam, es sei denn, daß anzunehmen sei, daß dieser seine nicht korrespektiven Verfügungen ohne die unwirksam gewordenen nicht getroffen haben würde. (§ 2085 BGB.)

Da nur gegenseitig abhängige Erbeinsetzungen, Vermächtnisse oder Auflagen als korrespektiv im Sinne des Gesetzes zu gelten haben (§ 1), so tritt die Wirkung der Korrespektivität auch nur bei jenen ein. (§ 2270 Abs. 3 BGB.) Sind andere (etwa familienrechtliche) Verfügungen voneinander abhängig gemacht, so bewirkt der Widerruf oder die Nichtigkeit der einen nicht die Unwirksamkeit der andern Verfügung, es müßten denn die Ehegatten das Gegenteil bestimmt haben. Die Wirkung der Korrespektivität kann bei solchen Verfügungen auch dadurch erzielt werden, daß

---

7) A. A. Strohal S. 331 Anm. 9.

die beiderseitigen Verfügungen in der Weise bedingt werden, daß jede Verfügung nur dann gelten soll, wenn die entsprechende andere nicht nichtig ist oder widerrufen wird. Nur ist hierbei zu bedenken, daß die Hinfälligkeit der Verfügung dann nicht die Folge der Korrespektivität, sondern des Ausfalls der Bedingung ist.

Die Frage, welche Wirkung der teilweise Widerruf, die teilweise Nichtigkeit und die einseitige Abänderung einer korrespektiven Verfügung auf die entsprechende des andern Ehegatten ausübt, wurde im gemeinen Recht [8]) und wird auch jetzt noch mangels ausdrücklicher gesetzlicher Regelung [9]) verschieden beantwortet. Dem teilweisen Widerruf grundsätzlich überhaupt keine Wirkung auf die korrespektiven Verfügungen des andern Ehegatten beizumessen, dürfte ebensowenig dem wirklichen Willen der Eheleute entsprechen, als ihn unterschiedslos dem vollständigen Widerruf gleichzustellen, dies namentlich dann, wenn die Abänderung nur geringfügig ist und nicht in Benachteiligungsabsicht geschah. Daraus, daß das Gesetz über die Frage mit Stillschweigen hinweggeht, muß gefolgert werden, daß es der Auslegung weitesten Spielraum hat lassen wollen, daß auch hier der erklärte oder zu vermutende Wille der Erblasser entscheiden soll. Es ist daher im einzelnen Falle zu untersuchen, ob der nicht abändernde Teil seine entsprechende korrespektive Verfügung auch getroffen hätte, falls die abgeänderte Verfügung von Anfang an diesen Inhalt gehabt hätte [10]). Ist dieses anzu-

8) Vgl. Fischer S. 80 ff. und Hartmann S. 140 ff.

9) Vgl. dagegen die ausdrückliche Bestimmung im ALR. II, 1 §§ 487/8.

10) Ebenso Staudinger S. 616, Planck S. 698, Meyer S. 45c und Anm. 16, Brütt S. 387. A. A. Löwenwald S. 56.

nehmen und das wird stets dann der Fall sein, wenn die Abänderung ihm keinen Nachteil bringt, so übt der teilweise Widerruf keine Wirkung auf die entsprechende andere Verfügung aus. Dann erscheint auch die Form des § 2271 Abs. 1 S. 1 BGB. entbehrlich. Ist dagegen die Annahme des Gegenteils begründet, so muß auch dem teilweisen Widerruf die Wirkung der Korrespektivität zuerkannt werden. In diesem Falle ist jene Widerrufsform unerläßlich.

## B. Die Aufhebung nach dem Tode eines Ehegatten.

### I. Vor Eintritt der Bindung.

§ 5.

a) Allgemeines.

Von einschneidender Bedeutung für die einseitige Aufhebung des korrespektiven Testaments ist der Eintritt des Todes eines der Ehegatten. Mit diesem [1]) erlischt grundsätzlich das Recht des überlebenden Ehegatten, seine korrespektiven Verfügungen aufzuheben. (§ 2271 Abs. 2 S. 1 BGB.) Die Gebundenheit des Überlebenden ist jedoch noch nicht endgültig. Verzichtet der Überlebende auf alle Vorteile, die ihm vom Verstorbenen zugewendet worden sind, so soll er nicht weiter gebunden sein. Dieser Verzicht, durch den gleichsam das Band der Korrespektivität gelöst wird, geschieht dadurch, daß der Überlebende die Zuwendung des Verstorbenen ausschlägt [2]). Damit lebt sein einstweilen erloschenes Widerrufsrecht wieder auf. (§ 2271

---

1) Nach der herrschenden Ansicht des bisherigen Rechts (RG. Bd. 31 S. 240 [preuß. R.], RG. Bd. 41 S. 169 [gem. R.]) war die Bindung durch die Annahme der Zuwendung suspensiv bedingt. Die abweichende Regelung des BGB. rechtfertigt sich aus § 1942 BGB.

2) Wegen der bisherigen Rechte vgl. Löwenwald S. 39.

Abs. 2 S. 2 BGB.) Will dagegen der Überlebende die Vorteile genießen, dann ist es recht und billig, daß er gebunden bleibt. Die vorläufige Gebundenheit wird darum nach Annahme der Zuwendung zur endgültigen. Diese Regelung hat das Gesetz in der Erwägung getroffen, daß es dem mutmaßlichen Willen der Erblasser entsprechen dürfte, den Überlebenden nur dann zu binden, wenn sich die Gegenverfügung verwirklicht. Das ist aber bei der Ausschlagung nicht der Fall. Eine Bindung des Überlebenden ohne diese Lösungsmöglichkeit wäre aber auch mit dem rechtlichen Charakter des korrespektiven Testaments schwerlich vereinbar.

### b) Die Ausschlagung der Zuwendung.

### § 6.

#### α) *Das Subjekt der Ausschlagung.*

Die Ausschlagung der Zuwendung des verstorbenen Ehegatten erfolgt regelmäßig durch den überlebenden Ehegatten. (§ 2271 Abs. 2 S. 2 BGB.) Ist dieser geschäftsunfähig, so ist zur Ausschlagung allein der gesetzliche Vertreter befugt. Ist er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so kann die Ausschlagung von ihm mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters oder von diesem allein erklärt werden. Zur Ausschlagung oder Zustimmung des gesetzlichen Vertreters ist die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich. (§ 1643 Abs. 2 für den Vater, § 1822 Nr. 2 BGB. für den Vormund.)

Stirbt innerhalb der Ausschlagungsfrist der Überlebende nach Aufhebung seines korrespektiven Testaments, ohne jedoch die Zuwendung des Verstorbenen ausgeschlagen zu haben, so ist die Aufhebung unwirksam. Die Frage, ob auch durch fristgerechte Aus-

schlagung der Erben des zuletzt Verstorbenen die Aufhebung wirksam werden könne, läßt das Gesetz offen. Sie ist wegen der Vererblichkeit des Ausschlagungsrechts (§§ 1952 Abs. 1, 2180 Abs. 3 BGB.) zu bejahen [1]). Wer ausschlagungsberechtigter Erbe ist, kann nicht zweifelhaft sein, wenn die aufgehobene Verfügung ein Vermächtnis oder eine Auflage war. Wohl aber sind bezüglich der Ausschlagungsberechtigung bei Aufhebung einer Erbeinsetzung in der Literatur Bedenken geltend gemacht worden. Der zur Ausschlagung berechtigte Erbe sei nicht festzustellen, wenn der neue Erbe zufolge der Aufhebung mit dem Erben des korrespektiven Testaments nicht identisch sei. Ein Ausschlagungsrecht der Erben müsse daher verneint werden [2]). Für diese Lösung der Frage spricht allein der Wortlaut des Gesetzes. Auf diesen kann es aber nicht ankommen, da das Gesetz nur den Normalfall berücksichtigt. Eine zwingende Notwendigkeit, den Grundsatz von der Vererblichkeit des Ausschlagungsrechts hier zu durchbrechen, liegt nicht vor. Da beim Tode des Überlebenden dessen Aufhebungstestament, soweit ihm das korrespektive Testament entgegensteht, unwirksam ist, so ist der in diesem eingesetzte Erbe allein Erbe des Überlebenden. Auf ihn geht nach § 1925 Abs. 1 BGB. das Ausschlagsrecht über. Er ist damit auch allein ausschlagungsberechtigt. Daß mit der Ausschlagung das korrespektive Testament wegen des Wirksamwerdens des Aufhebungstestaments hinfällig wird und damit die Erbeneigenschaft des im korrespektiven Testament eingesetzten Erben mit rückwirkender Kraft gemäß § 1953 BGB. aufhört, kann

---

1) A. A. Planck S. 703, Staudinger S. 617, Wilke S. 247; teilweise anders Strohal S. 339/40.

2) Vgl. auch Meyer S. 55 Anm. 53.

als stichhaltiges Gegenargument nicht angeführt werden. Die Ausschlagungsbefugnis, die der Erbe des korrespektiven Testaments bis zur Ausschlagung besessen hat, kann ihm durch die Rückwirkung der Ausschlagung auf den Tod des Überlebenden nicht wieder entzogen werden. Aber auch Rücksichten der Billigkeit sprechen dafür, einen mit Wissen und Willen auch des verstorbenen Ehegatten Bedachten den Vorrang vor einem nur einseitig eingesetzten Erben zu geben, um so mehr, als der Erbe des korrespektiven Testaments bereits mit dem Ableben des zuletzt verstorbenen Ehegatten ein Recht auf die Zuwendung erlangt hat. Ob er es ausüben oder darauf verzichten will, muß daher auch von seiner Entschließung allein abhängig sein.

Mit den Gegnern dieser Ansicht ein Ausschlagungsrecht der Erben überhaupt zu verneinen, würde nicht nur eine unbillige Härte bedeuten, sondern auch dem Willen des Letztverstorbenen nicht Rechnung tragen, der offenbar nur aus Gesetzesunkenntnis oder Versehen die Ausschlagung unterlassen hat. Aus seinem neuen Testieren kann aber unbedenklich die Absicht, den ihm vom Verstorbenen zugewendeten Vorteilen zu entsagen, unterstellt werden.

Zu weit scheint freilich Strohal (l. c.) zu gehen, wenn er selbst ohne nachfolgende Ausschlagung der Erben die korrespektive Verfügung des Letztverstorbenen hinfällig werden und als Folge davon die entsprechende korrespektive Verfügung des Erstverstorbenen zusammenfallen läßt. Seine Begründung, es stehe mit dem Tode des Überlebenden fest, daß das die korrespektive Verfügung aufhebende Testament als dessen letzter Wille zu gelten habe, während dies bei seinen Lebzeiten erst mit Ablauf der Ausschlagungsfrist sich feststellen lasse, ist zweifellos zutreffend. Gegen die von Strohal vertretene Ansicht ist aber geltend zu

machen, daß diese sich über die Vorschrift des Gesetzes, welches eine Ausschlagung ausdrücklich erfordert, ohne zwingenden Grund hinwegsetzt.

Stehen mehrere Verfügungen des Verstorbenen zu einer Verfügung des Überlebenden im korrespektiven Verhältnis und zwar in der Weise, daß der Verstorbene gleichzeitig mit dem Überlebenden einen Dritten bedacht hat, so erlangt der überlebende Gatte das Recht zur Aufhebung seiner korrespektiven Verfügungen nur dadurch wieder, daß er mit dem Dritten ausschlägt [3]). Das folgt aus dem der Vorschrift zugrunde liegenden Gedanken, daß der Überlebende von der Bindung nur dann befreit sein soll, wenn er auf alle korrespektiven Vorteile verzichtet. Zu diesen gehört aber auch die Zuwendung an den Dritten, der dem Überlebenden durch Verwandtschaft oder sonstwie nahesteht, da andernfalls im Zweifel Korrespektivität der Verfügungen nicht würde angenommen werden können. Die vom verstorbenen Ehegatten zugunsten der beiden Bedachten getroffenen Verfügungen bilden wirtschaftlich ein einheitliches Ganzes und das auch dann, wenn eine von ihnen nur von nebensächlicher Bedeutung wäre. Eine Trennung beider ist nicht möglich. Ein alleiniger Verzicht des Überlebenden auf die korrespektive Zuwendung des Verstorbenen wäre nur teilweiser Verzicht. Es müssen demnach in jedem Falle beide Bedachte aus-

---

3) Vgl. hierzu auch Hellwig S. 648. Staudinger (S. 618), Planck (S. 704) und Cosack (S. 700c) lassen Ausschlagung des Überlebenden allein genügen. Ebenso Strohal (S. 341 und Anm. 32) bei nur nebensächlicher Zuwendung an den Dritten. Bei wesentlicher Bedenkung des Dritten verneint er grundsätzlich ein Aufhebungsrecht des Überlebenden, bejaht es aber, wenn der Wille der Erblasser darauf schließen lasse, vorausgesetzt, daß auch der Dritte ausschlägt. Vgl. auch Endemann S. 261 Anm. 37 und Meyer S. 56 dd und Anm. 56.

schlagen. Dieses Erfordernis erscheint auch bei nur nebensächlicher Bedenkung des Dritten unbedenklich, da im Zweifel der Richter zufolge seines Würdigungsrechts zwecks Vermeidung von Unbilligkeiten die Bedenkung des Dritten als nicht korrespektiv erklären kann, wodurch diese dann ohnehin außer Betracht bleibt.

Auch aus praktischen Erwägungen kann die gegenteilige Ansicht nicht gebilligt werden. Wollte man die Ausschlagung des Überlebenden allein genügen lassen, so würde die Aufhebung des korrespektiven Testaments des überlebenden Gatten gemäß § 2270 Abs. 1 BGB. die Unwirksamkeit der vom verstorbenen Gatten zugunsten des Dritten getroffenen Verfügung zur Folge haben. Da nun aber bis zum Tode des Überlebenden unbestimmt ist, ob dieser sein Testament aufgehoben hat, — er kann ja die Aufhebung jederzeit rückgängig machen, — und da ferner, von Ausnahmen abgesehen, erst bei seinem Tode die Aufhebung bekannt wird, so würde der Dritte trotz der Unwirksamkeit des ihm Zugewendeten bis dahin in dessen Besitz und Genuß bleiben und nach jenes Tode möglicherweise überhaupt nichts mehr herauszugeben haben. (§§ 2021, 818 BGB.) Daß mit einer Unwirksamkeit der Verfügung allein die Interessen des Verstorbenen nicht genügend geschützt sein würden, ergibt sich hiernach ohne weiteres.

Gleichzeitig wird mit dem Erfordernis beiderseitiger Ausschlagung die Streitfrage gegenstandslos, ob die zugunsten des Dritten getroffene Verfügung erst mit dem Tode des Überlebenden [4a]) oder schon mit Aufhebung [4b]) der korrespektiven Verfügung durch den Überlebenden rückwirkend unwirksam wird.

---

4a) Strohal S. 342.

4b) Planck S. 704γ, Cosack S. 700, 3c a. E. Vgl. gegen Planck Meyer S. 56 Anm. 57.

Ist nicht dem überlebenden Gatten, sondern nur einem Dritten etwas zugewendet worden, so ist der Überlebende auch nicht in der Lage, dem gesetzlichen Erfordernis zu entsprechen. Ihm gleichwohl die freie Aufhebungsbefugnis seiner korrespektiven Verfügungen zuzugestehen, ohne daß der Dritte auf die ihm vom Verstorbenen zugewendeten Vorteile verzichtet, würde der Tendenz des Gesetzes (S. 38) nicht entsprechen. Die Bestimmung des § 2271 Abs. 2 S. 2 BGB. muß daher im Wege der Analogie dahin ausgedehnt werden, daß auch bei Ausschlagung des bedachten Dritten, sofern dieser allein bedacht worden ist, die Bindung des Überlebenden sich löst [5]). Der gegnerischen Ansicht, daß es widersinnig und nicht im Interesse einer geordneten Rechtsprechung sei, das Recht der Aufhebung von dem Willen eines Dritten abhängig zu machen und dadurch dem Zufall Tür und Tor zu öffnen, daß es ferner an der erforderlichen Gleichheit der Rechtslage für die entsprechende Anwendung der Vorschrift fehle (Planck), muß entgegengehalten werden, daß im Sinne des verstorbenen Ehegatten der Überlebende wirtschaftlich in dem Dritten aufgeht. Wenn daher dieser auf jenes Veranlassung die Zuwendungen des Verstorbenen ausschlägt, einen Vorteil also nicht erlangt, so ist das einer Ausschlagung durch den Überlebenden wirtschaftlich wie rechtlich vollkommen gleichzuachten.

---

5) Vgl. Hellwig S. 649. A. A. Strohal S. 341, jedoch mit Zulassung von Ausnahmen in freier Beurteilung des Einzelfalls, wenn der Wille der Erblasser dafür spricht; Planck S. 703/4; Meyer S. 54 Anm. 49.

## § 7.

### *β) Das Objekt der Ausschlagung.*

Was der überlebende Ehegatte zur Lösung der Bindung ausschlagen muß, geht aus dem Wortlaut des § 2271 Abs. 2 S. 2 BGB., der nur von der Ausschlagung des dem Überlebenden „Zugewendeten" spricht, nicht klar hervor. Daß das Gesetz nicht alle Zuwendungen des verstorbenen Ehegatten, sondern nur die korrespektiven meinen kann, ergibt sich aus dem Zweck der Vorschrift und dem Zusammenhang, in dem diese steht. — Der § 2271 spricht nur von korrespektiven Verfügungen. — Den § 2298 Abs. 2 S. 3 BGB. zur Begründung heranzuziehen ist nicht angängig. Denn einmal ist es bei diesem selbst streitig, ob die nicht vertragsmäßigen Verfügungen auszuschlagen sind, und zum andern würde eine für den Erbvertrag geltende Bestimmung nicht ohne weiteres auch für das korrespektive Testament entsprechend angewendet werden können. Aus Zweck und Zusammenhang der Vorschrift folgt aber auch, daß für die Ausschlagung nur solche Zuwendungen in Betracht kommen, die von dem Verstorbenen im korrespektiven Testament verfügt worden sind. Zuwendungen aus anderen letztwilligen Verfügungen [1]) des Verstorbenen braucht daher der Bedachte nicht auszuschlagen, um sein vorläufig erloschenes Aufhebungsrecht wiederzuerlangen, selbst dann nicht, wenn diese mit den Verfügungen des Überlebenden korrespektiv sein sollten. Korrespektivität in getrennten Urkunden bleibt außer Betracht (S. 13).

Da der überlebende Ehegatte, sofern er nicht gemäß §§ 2346 ff. BGB. auf sein gesetzliches Erbrecht verzichtet hat oder von der gesetzlichen Erbfolge nach

---

1) Vgl. Planck S. 704, 1b$\gamma$ a. E.

§§ 2303 ff. BGB. ausgeschlossen worden ist, auch nach der Ausschlagung des ihm vom verstorbenen Ehegatten Zugewendeten noch als gesetzlicher Erbe des Verstorbenen in Betracht kommt, so entsteht die Frage, ob er auch das ausschlagen muß, was ihm gesetzlich aus dessen Nachlaß zukommt. Die Frage ist grundsätzlich zu verneinen [2]). Der gesetzliche Erbteil ist keine Zuwendung des Verstorbenen im Sinne des § 2271 Abs. 2 S. 2 BGB., denn der Überlebende erlangt bei der gesetzlichen Erbfolge den Vorteil nicht auf Grund eines freiwilligen Aktes des Verstorbenen, der testamentarischen Zuwendung, sondern auf Grund gesetzlicher Bestimmung.

Eine Einschränkung hat jedoch dieser Grundsatz dann zu erleiden, wenn das Belassen bei der gesetzlichen Erbfolge und die Zuwendung des andern Teils in korrespektivem Verhältnis stehen, wenn also durch den Inhalt des Testaments der Wille des Verstorbenen sich erkennbar gemacht hat, daß er es bei der gesetzlichen Erbfolge des Überlebenden nur deshalb gelassen hat, weil dieser auch zu seinem Gunsten oder zugunsten eines ihm nahestehenden Dritten verfügt hat. In diesem Falle erfordert der Zweck des Gesetzes, daß der Überlebende zur Wiedererlangung seines Aufhebungsrechts auch dasjenige ausschlägt, was er auf Grund des Gesetzes erbt [3]).

Daraus, daß der überlebende Gatte grundsätzlich seinen gesetzlichen Erbteil nicht auszuschlagen braucht,

---

2) Ebenso Cosack S. 700, 3c. A. A. Strohal S. 342/3, falls der Wert der testamentarischen Zuwendung dem gesetzlichen Erbteil gleichkomme, dagegen genüge Ausschlagung der testamentarischen Zuwendung allein, wenn diese erheblich höher sei, als jener.

3) Planck S. 704, Staudinger S. 618.

kann aber nicht weiter gefolgert werden, daß er, falls der Betrag des ihm vom Verstorbenen Zugewendeten den gesetzlichen Erbteil nicht erreicht oder ihm gleich ist, zur Lösung der Bindung die Zuwendung nicht auszuschlagen brauchte. Als testamentarischer Erbe muß er auf jeden Fall ausschlagen, unbeschadet des Rechts, die Erbschaft nach § 1948 BGB. als gesetzlicher Erbe anzunehmen.

§ 8.

*γ) Die Form der Ausschlagung.*

Die Ausschlagung der Erbschaft erfolgt gegenüber dem Nachlaßgericht in öffentlich beglaubigter Form. (§ 1945 Abs. 1 BGB.) Als Nachlaßgerichte kommen die Amtsgerichte (§ 72 FGG.), aber auch nichtgerichtliche Behörden in Betracht. (Art. 147 EG. BGB., §§ 194/5 FGG.) Die örtliche Zuständigkeit bestimmt sich nach dem Wohnsitze bzw. Aufenthalte des verstorbenen Ehegatten zur Zeit des Todes. Hatte dieser als Deutscher zu diesem Zeitpunkte beides im Inlande nicht, so bestimmt der Ort seines letzten inländischen Wohnsitzes die Zuständigkeit. Ausschlagung gegenüber einem örtlich unzuständigen Nachlaßgericht ist ohne Wirkung. § 7 FGG. findet auf die Wirksamkeit der Erklärung keine Anwendung.

Für die öffentliche Beglaubigung der Ausschlagungserklärung gelten die §§ 129 BGB. und 167 FGG., für das Wirksamwerden die §§ 130 ff. BGB.

Die Ausschlagung ist unwiderruflich [1]), sobald die Erklärung wirksam geworden ist. (§ 130 Abs. 1 S. 2 BGB.)

---

1) Vgl. Prot. V S. 630, VIII.

Die Ausschlagung kann auch durch einen Bevollmächtigten erklärt werden. (§ 1945 Abs. 2 BGB.) Die Vollmacht, die dem Bevollmächtigten die Befugnis zur Ausschlagung ausdrücklich gewähren muß, bedarf der öffentlichen Beglaubigung und muß der Erklärung beigefügt oder innerhalb der Ausschlagungsfrist nachgebracht werden. Verspätete Vollmachtseinreichung hat die Unwirksamkeit der Erklärung des Bevollmächtigten zur Folge. Die Ausschlagung eines Vermächtnisses erfolgt gegenüber dem Beschwerten und formlos im übrigen. (§ 2180 Abs. 2 BGB.)

Die Ausschlagung ist an eine Frist nicht gebunden, sofern ein Vermächtnis auszuschlagen ist. Selbst eine Fristsetzung des verstorbenen Ehegatten bindet den Überlebenden nicht. Die Ausschlagung der Erbschaft kann regelmäßig nur binnen 6 Wochen erfolgen. Hat der verstorbene Ehegatte seinen letzten Wohnsitz nur im Auslande gehabt oder hält sich der überlebende Ehegatte bei Beginn der Frist im Auslande auf, so beträgt die Ausschlagungsfrist 6 Monate. (§ 1944 Abs. 1 und 3 BGB.) Diese Fristen sind gesetzliche Ausschlußfristen und deshalb von Amtswegen zu berücksichtigen. Sie sind zwingend, können daher von den Ehegatten im Testament weder ausgeschlossen noch abgeändert werden.

Die Ausschlagungsfrist läuft von dem Zeitpunkt, in dem der überlebende Teil von dem Anfall und dem Grund der Berufung erfährt, nicht aber vor Verkündung des Testaments. (§ 1944 Abs. 2 BGB.) Ob der Überlebende tatsächlich von der Verkündung Kenntnis hat, ist gleichgültig. Ist er geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so ist für den Beginn der Frist die Kenntnis des gesetzlichen Vertreters vom Erbfall maßgebend. Für die Berechnung der Frist gelten die §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 u. 3, 193 BGB. Der

Fristlauf ist gehemmt gemäß § 203 BGB., die Vollendung der Frist gemäß § 206 BGB. gehindert. (§ 1944 Abs. 2 S. 3 BGB.)

Versäumt der Überlebende bzw. sein Vertreter die Ausschlagungsfrist, so ist das bezüglich der Wirkung der Annahme der Erbschaft gleichzuachten. Die Frist ist auch dann versäumt, wenn im Falle der Ausschlagung durch den gesetzlichen Vertreter die erforderliche Genehmigung des Vormundschaftsgerichts dem Nachlaßgericht nicht innerhalb der Frist vorgelegt wird. Das ist aus der Bestimmung in § 1945 Abs. 2 BGB. analog zu folgern.

Die Versäumung der Ausschlagungsfrist kann ebenso, wie die Ausschlagung wegen Willensmangels angefochten werden. (§ 1956 BGB.) Die Frist und Form der Anfechtung ist in §§ 1954, 1955, die Wirkung in § 1957 BGB. geregelt.

## § 9.

### c) Die Aufhebung.

Die Ausschlagung ändert am Bestand des korrespektiven Testaments nichts. Sie verschafft dem überlebenden Ehegatten lediglich die Aufhebungsmöglichkeit seiner korrespektiven Verfügungen, die ihm bis an sein Lebensende verbleibt und nicht etwa schon mit der Aufhebung endet, da diese, sofern sie durch Testament erfolgt, jederzeit wieder mit der Folge aufgehoben werden kann, daß die ursprüngliche korrespektive Verfügung wieder auflebt. Nach Aufhebung der Aufhebung ist nachträgliche Annahme der Zuwendung des Verstorbenen, unbeschadet des Rechts, sie anzufechten, unzulässig, denn die Voraussetzung für die zweimal betätigte Aufhebung war ja gerade die Rechtsgültigkeit der Ausschlagung.

DieAufhebungsbefugnis ist als höchst persönliches Recht im Gegensatz zum Ausschlagungsrecht nicht vererblich. Wann die Aufhebung zu erfolgen hat, sagt das Gesetz nicht. Sie wird regelmäßig der Ausschlagung nachfolgen. Indessen ist auch eine nach der Aufhebung bewirkte Ausschlagung noch als rechtzeitig anzusehen, wenn sie nur innerhalb der Ausschlagungsfrist erfolgt. Das folgt aus der rückwirkenden Kraft der Ausschlagung. Die vor dieser errichtete aufhebende Verfügung des Überlebenden ist bis zur Ausschlagung mangels Voraussetzung der Aufhebung unwirksam, von da ab aber nach rückwärts hin wirksam. Das gilt jedoch nur für die n a c h dem Tode des erstverstorbenen Ehegatten erfolgte Aufhebung. Ein vorher nicht in der Form des § 2271 Abs. 1 S. 1 BGB. erklärter Widerruf kann durch eine nach dem Tode des Erstverstorbenen form- und fristgerecht bewirkte Ausschlagung nicht wirksam werden, weil die Nichtbeachtung der gesetzlichen Formvorschrift Nichtigkeit des Widerrufs zur Folge hat. (§ 125 BGB.)

Die Aufhebung erfolgt nach allgemeinen Grundsätzen. Als Formen stehen zu Gebote die der §§ 2254, 2225 [1]), 2258, 2289 BGB. (siehe oben S. 25).

Da die aufhebende Verfügung nicht positiven Inhalts zu sein braucht, so bedarf der aufhebende Gatte auch nicht der positiven Testierfähigkeit. Es genügt, daß er negativ testierfähig ist [2]).

---

1) A. A. Planck S. 704.

2) Cosack S. 700 hat jetzt seine frühere (1. u. 2. Aufl. S. 643) Ansicht, daß die Aufhebung nur durch abänderndes Testament nach § 2258 BGB. erfolgen könne und der aufhebende Gatte positiv geschäftsfähig sein müsse, aufgegeben.

## § 10.

### d) Andere Fälle des Nichteintritts der Bindung.

Außer der Ausschlagung kennt das Gesetz noch weitere Fälle, in denen Bindung nicht eintritt. Aus dem Zweck der Vorschrift des § 2271 Abs. 2 S. 2 BGB., der die Interessen des verstorbenen Ehegatten schützen will, muß gefolgert werden, daß diese nicht zwingend sein kann, wenn der geschützte Ehegatte sich mit der einseitigen Aufhebung des Testaments auch nach seinem Tode einverstanden erklärt hat. Demnach tritt Bindung des Überlebenden dann nicht ein, wenn die Erblasser die Bindung ganz oder nur für einen bestimmten Fall ausschließen. Das kann im korrespektiven Testament selbst, aber auch in einer anderen gemeinschaftlichen Verfügung der Eheleute geschehen. Es genügt auch, wenn der Verstorbene dem Überlebenden das Aufhebungsrecht letztwillig, sei es in ausdrücklichen Worten oder dem Sinne der einseitigen Verfügung nach eingeräumt hat. Ein solcher dispositiver Vorbehalt entkleidet die Verfügung ihres korrespektiven Charakters nicht. Hebt also der überlebende Ehegatte entsprechend dem Vorbehalt seine korrespektive Verfügung auf [1]), so hat das gemäß § 2270 Abs. 1 BGB. auch die Hinfälligkeit der entsprechenden korrespektiven Verfügung des andern Gatten zur Folge.

Ob mit dem Ausschluß der Bindung zugleich auch die Folge des § 2270 Abs. 1 BGB. ausgeschlossen sein soll, ist Sache richterlicher Auslegung.

Die Vereinbarung einer größeren, als der gesetzlichen Bindung ist unzulässig. Die im Gesetz normierte

---

1) Als Formen kommen die für nicht korrespektive Verfügungen geltenden einseitigen Aufhebungsformen (siehe S. 25) in Betracht.

Bindung stellt schon die größtmögliche im Testament zulässige Bindung dar.

Zur Bindung des überlebenden Gatten kommt es ferner auch dann nicht, wenn die Interessen des Ehegatten, dessen Schutz die Bindung bezweckt, nicht mehr beeinträchtigt werden können, wenn ein Vertrauensbruch an dem verstorbenen Ehegatten unmöglich ist. Das ist dann der Fall, wenn die korrespektive Verfügung des Überlebenden dadurch hinfällig wird, daß der bedachte Dritte vor dem Überlebenden stirbt, ausschlägt oder für erbunwürdig erklärt wird, ohne daß Ersatzbedachte an seine Stelle treten. Eine Folge davon ist, daß auch eine vor dem Unwirksamwerden der korrespektiven Verfügung, jedoch nach dem Tode des verstorbenen Gatten getroffene abändernde Verfügung des Überlebenden mit dem Unwirksamwerden der korrespektiven Verfügung gültig wird.

Aber auch dann wird der Überlebende nicht gebunden, wenn die korrespektive Verfügung des Verstorbenen im Augenblick seines Todes unwirksam ist, z. B. wenn die Eheleute, statt das korrespektive Testament aufzuheben, einen gegenseitigen Erbverzichtvertrag geschlossen haben oder der Überlebende dem Verstorbenen gegenüber erbunwürdig ist und das geltend gemacht wird. Auch in diesen Fällen hat der überlebende Gatte keinen Vorteil durch die Zuwendung des Verstorbenen. Das rechtfertigt die analoge Anwendung des § 2271 Abs. 2 S. 2 BGB.

## II. Nach Eintritt der Bindung.

### § 11.

### a) Die Bindung.

Die mit dem Tode eines Ehegatten eintretende vorläufige Gebundenheit des andern Gatten wird zur endgültigen, wenn der Überlebende das ihm vom Verstor-

benen Zugewendete angenommen oder, was dem gleichsteht, nicht form- und fristgerecht ausgeschlagen hat [1]). Dabei ist es gleichgültig, ob er diese Wirkung der Annahme kannte oder nicht, denn dieser Irrtum ist kein zur Anfechtung berechtigender Irrtum über den Inhalt der Erklärung im Sinne des § 119 BGB.

In der Annahme der Zuwendung ist ein bindender Verzicht des Überlebenden auf sein Aufhebungsrecht zu erblicken. Die bindende Kraft beruht auf dem mutmaßlichen Willen der Erblasser und dem Grundsatze von Treu und Glauben, mit dem es unvereinbar wäre, wenn der Überlebende, nachdem die Verfügung des Verstorbenen bereits wirksam geworden ist, durch Aufhebung seiner korrespektiven Verfügung die der nahestehenden Person des Verstorbenen zugedachte Zuwendung vereiteln und dadurch dessen Vertrauen täuschen wollte [2]). Vor solchem unlauteren Handeln mußte das

---

1) Unter den gemeinrechtlichen Theoretikern herrschte Streit darüber, ob und inwieweit nach dem Tode eines Gatten bezw. nach Annahme der Erbschaft des Verstorbenen der Überlebende seine korrespektiven Verfügungen aufheben könne. Vgl. hierüber die eingehende Darstellung bei Fischer S. 85 ff. und Löwenwald S. 40 ff. Für die Bindung trat die gemeinrechtliche Rechtsprechung und insbesondere auch die des Reichsgerichts (Bd. 6 S. 174, Bd. 27 S. 150 ff., Bd. 38 S. 217) ein. Vgl. auch Fischer S. 93 ff. Ebenso ALR. II, 1 § 492 und sächs. BGB. § 2214 S. 2. Auch die Mehrheit der 2. Kommission (Prot. V S. 453 ff.) stimmte für die Bindung mit Rücksicht auf die geschichtliche Entwicklung des korrespektiven Testaments sowie in Anbetracht der Gleichheit der Rechtslage des Überlebenden, der die Zuwendung nicht ausschlägt und eines Erblassers, der unter Vorbehalt des Rücktritts einen Erbvertrag geschlossen hat. Vgl. auch Denkschrift S. 433. Über die Rechtssysteme, die die freie Widerruflichkeit vertreten vgl. Löwenwald S. 44c.

2) Ähnlich RG. Bd. 63 S. 123 und Bd. 22 S. 277. Vgl. auch Frommhold S. 244c.

Gesetz den verstorbenen Ehegatten schützen. Die Bindung ist sonach aus dem Wesen des korrespektiven Testaments herzuleiten. Sie ist nicht identisch mit der erbvertraglichen Bindung, die eine Folge des Grundcharakters des Erbvertrags ist, wenn auch nicht zu verkennen ist, daß durch die endgültige Bindung das korrespektive Testament dem Erbvertrag erheblich genähert wird. Da der Überlebende nicht die rechtliche Stellung eines durch Erbvertrag gebundenen Erblassers hat, so ist er auch nicht in dem vollen Umfange, wie ein Vertragserbe gebunden [3]). Weil das korrespektive Testament auch nach Eintritt der Bindung seinen Charakter als Testament beibehält, so hat der korrespektiv Bedachte bis zum Tode des Überlebenden kein Recht auf die Zuwendung. Er kann daher diese weder verkaufen und verpfänden, noch kann sie Gegenstand der Zwangsvollstreckung sein oder zur Konkursmasse des Bedachten gezogen werden. (§ 1 KO.) [4]). Ebensowenig geht im Zweifel die korrespektive Bedenkung auf die Erben des Bedachten über, falls dieser vor dem Überlebenden stirbt.

Eine weitere Folge davon, daß die Verfügungen auch weiterhin letztwillige bleiben, ist die, daß übergangenen Pflichtteilsberechtigten ein selbständiges Anfechtungsrecht gemäß § 2079 BGB. und nicht ein abgeleitetes gemäß § 2279 Abs. 1 BGB. zusteht.

§ 12.

### b) Der Umfang der Bindung.

#### *α) Von Todeswegen.*

Mit dem Eintritt der Bindung endigt die Befugnis des überlebenden Ehegatten, seine korrespektiven Ver-

3) A. A. Strohal S. 337/8.

4) Vgl. Rechtspr. d. OLG. Bd. 6 S. 178 a. E.

fügungen zugunsten Dritter, — denn nur solche kommen gemäß §§ 1923 und 2160 BGB. noch in Betracht —, aufzuheben. Auch darf er sie, sei es mittelbar oder unmittelbar nicht so abändern, daß die Abänderung in ihrem wirtschaftlichen Ergebnisse einer vollen oder auch nur teilweisen Aufhebung gleichkommt. Dagegen erscheint es zum Schutze des im Testament zum Ausdruck gebrachten Willens des Verstorbenen nicht geboten, dem Überlebenden geringfügige Änderungen des korrespektiven Testaments oder solche letztwillige Anordnungen, die materiell den Bedachten nicht bzw. nicht wesentlich beeinträchtigen zu verwehren, sofern nicht ein entgegengesetzter Wille der Erblasser erhellt[1]). Das Gleiche gilt im Zweifel für die einseitige Anordnung von Vermächtnissen und Auflagen. Wo die Grenze zwischen Zulässigkeit und Unzulässigkeit solcher Anordnungen zu ziehen ist, ist Sache des richterlichen Ermessens. Sofern nach diesem die Befugnis nach Höhe der Anordnung überschritten ist, ist diese insoweit ungültig. Hat dagegen der Überlebende bösgläubig beträchtliche abändernde Anordnungen getroffen, so ist gemäß § 138 BGB. die ganze Anordnung nichtig[2]).

Die herrschende Meinung des gemeinen Rechts ließ Vermächtnisse bis zu $^1/_{20}$ des Nachlasses zu. Das preußische Recht hatte in § 628 ALR. I, 12 diese Vorschrift nur für den Erbvertrag. Eine analoge Anwen-

---

1) Vgl. Rechtspr. d. OLG. Bd. 12 S. 387. Ebenso Brütt S. 390 ff., der in analoger Anwendung des § 157 BGB. mit Rücksicht auf das dem korrespektiven Testament innewohnende Vertragselement Abänderungen insoweit zuläßt, als nur der Hauptzweck des Testaments, die bestimmte Verteilung unter die beiderseitigen Verwandten, gewahrt bleibt. A. A. Planck S. 707, der jede teilweise Aufhebung der Bindung unterwirft.

2) Vgl. auch Brütt S. 394/5.

dung auf das korrespektive Testament hat das Reichsgericht verneint [3]).

Die Bindung des überlebenden Gatten erstreckt sich auf dessen gesamtes Vermögen, auch dasjenige, was er durch den Tod und nach dem Tode des andern Ehegatten erwirbt.

Eine beeinträchtigende Verfügung wird, soweit sie unwirksam ist, mit rückwirkender Kraft wirksam, wenn der korrespektiv Bedachte ausschlägt, stirbt oder für erbunwürdig erklärt wird, ohne daß Ersatzbedachte an seine Stelle treten.

Die nicht korrespektiven Verfügungen des überlebenden Ehegatten und andere, als die in Abs. 3 des § 2270 BGB. Bezeichneten werden von der Bindung nicht ergriffen.

*β) Unter Lebenden.*

Der Umfang der Bindung unter Lebenden ist im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt, da er sich aus dem Wesen des korrespektiven Testaments von selbst ergibt. Gilt schon für den Erbvertrag der Rechtssatz, daß der Erblasser über sein Vermögen durch Rechtsgeschäft unter Lebenden unbeschränkt verfügen kann (§ 2286 BGB.), selbst wenn die Verfügung für den Bedachten nachteilig sein sollte, wievielmehr noch muß das vom überlebenden Gatten des korrespektiven Testaments gelten [4]). Dieser ist nicht nur in der Verfügung über sein eigenes Vermögen, sondern auch über dasjenige, was er aus dem Nachlasse des verstorbenen Gatten erlangt hat, vollkommen frei [5]), es sei denn, daß er als

---

3) Urteil vom 30./5. 90. (Gruchot Bd. 34 S. 1011.)

4) Vgl. fürs gemeine Recht RG. Bd. 41 S. 168 ff.

5) Vgl. auch Planck S. 707, VII.

Vorerbe des Nachlasses des andern Ehegatten in Betracht käme und insoweit den Beschränkungen der §§ 2113 ff. BGB. unterliege. Insbesondere sind dem Überlebenden Schenkungen und Schenkungsversprechen, gleichviel ob sie aus persönlichen Rücksichten erfolgen oder durch sittliche Pflichten geboten sind, unverwehrt, mögen sie auch einen solchen Umfang annehmen, daß sie materiell einer vollständigen oder teilweisen Aufhebung gleichkommen. Das gilt auch von den Schenkungen von Todeswegen, die als Geschäfte unter Lebenden zu gelten haben. Einer Schenkung gleichzuachten ist ferner im Falle der Wiederverheiratung des Überlebenden der Übergang seines Vermögens auf das Gesamtgut zufolge Vereinbarung der Gütergemeinschaft.

Eine Ausnahme von der freien Verfügungsbefugnis des Überlebenden erscheint jedoch geboten. Nimmt dieser die Veräußerung (nicht bloß die Schenkung) lediglich in der Absicht vor, um die Bedenkung des Dritten ganz oder zum Teil zu vereiteln, so muß darin ein Mißbrauch seiner Verfügungsfreiheit, ein arglistiges Handeln erblickt werden. Eine solche Veräußerung verstößt gegen die guten Sitten und ist darum nichtig [6]) (§ 138 BGB.), nicht nur nach §§ 2287/8 BGB. anfechtbar. Eine entsprechende Anwendung dieser Erbvertragsbestimmungen auf das korrespektive Testament muß verneint werden [7]), da die Rechtslage hier und dort nicht vollkommen gleich ist. Insbesondere sind beim Testament die Interessen des verstorbenen Ehegatten zu schützen, beim Erbvertrag dagegen das

---

6) Vgl. bayr. Oberstes LG. (Recht 06, 1200).

7) A. A. Strohal S. 345, Staudinger S. 619, Meyer S. 52, Planck S. 707, VII a. E., Neumann S. 615, RG. Bd. 58 S. 65/6. Vgl. auch Dernburg S. 261 Anm. 9.

Recht des bedachten Dritten. Der testamentarisch bedachte Dritte hat bis zum Tode des überlebenden Ehegatten wohl eine Anwartschaft, nicht aber ein Recht auf dessen Zuwendung. Es kann auch nicht ohne weiteres angenommen werden, daß alle die Bindung betreffenden Bestimmungen des Erbvertrags auf das korrespektive Testament nach Eintritt der Bindung anzuwenden seien. Nach dem Beschluß der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des BGB. [8]) sind auf das korrespektive Testament allgemein die für einen unter dem Vorbehalt des Rücktritts geschlossenen Erbvertrag geltenden Vorschriften anzuwenden. Das Gesetz enthält eine entsprechende allgemeine Verweisung nicht, wohl aber Einzelverweisungen. Es nimmt in § 2271 Abs. 1 auf § 2296, in Abs. 2 auf §§ 2294 und 2336 und in Abs. 3 auf § 2289 Abs. 2 BGB. Bezug. Nach alledem muß aus dem Fehlen einer Verweisung auf die §§ 2287/8 BGB. gefolgert werden, daß das Gesetz diese Bestimmungen nicht entsprechend angewendet wissen wollte. Überdies würden mit § 2287 BGB. nur böswillige Schenkungen, nicht auch böswillige entgeltliche Veräußerungen getroffen werden.

c) Die Ausnahmen von der Bindung.

Die bindende Kraft des korrespektiven Testaments hat zur Voraussetzung, daß die Sachlage, wie sie beim Tode des erstverstorbenen Ehegatten bestand, sich nicht ändert. Treten jedoch nachträglich Umstände ein, bei denen das Einverständnis des Verstorbenen zur Aufhebung des Testaments durch den Überlebenden unterstellt werden kann, so darf die Bindung gegen dessen Willen nicht mehr aufrecht erhalten werden. Dieses

---

8) Prot. V S. 458.

Einverständnis kann unbedenklich in den beiden gesetzlichen Ausnahmen von der Bindung (§§ 13 u. 14) angenommen werden. In beiden Fällen verstößt der überlebende Teil nicht gegen Treu und Glauben, wenn er ohne Verlust des ihm vom Verstorbenen Zugewendeten seine korrespektive Verfügung aufhebt.

## § 13.

### α) *Die Aufhebung nach Maßgabe des § 2294 BGB.*

Im Anschluß an das gemeine und preußische Recht[1]) hat das BGB. bestimmt, daß der überlebende Ehegatte trotz Annahme des ihm vom Verstorbenen Zugewendeten seine korrespektiven Verfügungen zugunsten eines Dritten ganz oder teilweise aufheben kann, wenn dieser sich einer Verfehlung schuldig macht, die die Entziehung des Pflichtteils rechtfertigen würde. (§§ 2271 Abs. 2 S. 3, 2294 BGB.)[2]).

Die Aufhebungsbefugnis erstreckt sich nur auf die Verfügungen zugunsten desjenigen Dritten, gegen den der Pflichtteilsentziehungsgrund vorliegt, nicht auf andere korrespektive Verfügungen des Überlebenden. Sie erstreckt sich ferner lediglich auf diejenigen korrespektiven Verfügungen, die der überlebende Gatte selbst (nicht auch der Verstorbene) getroffen hat oder die nach § 2269 BGB. im Zweifel als vom Überlebenden herrührend anzusehen sind[3]).

Die Verfehlungen, die zur Aufhebung berechtigen, sind folgende:

---

1) RG. Bd. 63 S. 122, Bd. 22 S. 276, vgl. auch Meyer S. 57 Anm. 58.

2) Zu eng Löwenwald S. 49.

3) Ebenso Strohal S. 343, Planck S. 705, a. A. Endemann S. 196, Löwenwald S. 49/51.

α) Ist der Bedachte ein pflichtteilsberechtigter Abkömmling des verstorbenen oder überlebenden Ehegatten, so kann nach § 2333 BGB. die Aufhebung erfolgen, wenn der Bedachte

1. dem überlebenden Ehegatten oder einem seiner Abkömmlinge nach dem Leben trachtet,

2. den überlebenden Ehegatten vorsätzlich mißhandelt,

3. ein Verbrechen oder schweres vorsätzliches Vergehen gegen den überlebenden Gatten begeht,

4. die ihm diesem gegenüber gesetzlich obliegende Unterhaltspflicht böswillig verletzt (§§ 1601 ff. BGB.),

5. einen ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandel wider dessen Willen führt.

Diese Gründe berechtigen zur Aufhebung auch dann, wenn der Bedachte kein Pflichtteilsberechtigter des Überlebenden ist. (§ 2294 BGB.)

β) Ist der Bedachte ein pflichtteilsberechtigter Elternteil des verstorbenen oder überlebenden Ehegatten, so berechtigen nach § 2334 BGB. dessen Verfehlungen unter α) 1, 3 und 4 den Überlebenden zur Aufhebung seiner korrespektiven Verfügungen.

γ) Hat der Überlebende später mit dem bedachten Dritten die Ehe geschlossen, so kann dieser nach § 2335 BGB. seine korrespektiven Verfügungen aufheben, wenn der Bedachte

αα) Ehebruch, widernatürliche Unzucht begeht, oder eine Doppelehe schließt (§ 1565 BGB.),

ββ) dem überlebenden Ehegatten nach dem Leben trachtet (§ 1566 BGB.),

γγ) diesen böslich verläßt (§ 1567 BGB.),

δδ) durch schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten oder durch ehrloses oder unsittliches Verhalten das eheliche Verhältnis so tief zer-

rüttet hat, daß dem überlebenden Gatten die Fortsetzung der Ehe nicht mehr zugemutet werden kann. (§ 1568 BGB.)

Die Aufhebung erfolgt durch letztwillige Verfügung [4]). (§ 2336 Abs. 1 BGB.) In dieser muß der Grund der Aufhebung angegeben sein. (§ 2336 Abs. 2 BGB.) Die Aufhebung der Zuwendung allein würde dem Bedachten nicht zugleich auch den Pflichtteil entziehen. Der Grund der Aufhebung muß zur Zeit der Aufhebung bestehen und ist von demjenigen zu beweisen, der sich auf die Aufhebung beruft. (§ 2336 Abs. 2 u. 3 BGB.) An Stelle der aufgehobenen Zuwendung tritt, sofern eine positive Anordnung nicht getroffen ist, gesetzliche Erbfolge ein. Wird die Aufhebung aufgehoben, so lebt die ursprüngliche korrespektive Verfügung wieder auf. Das gleiche gilt, wenn die Aufhebung wegen unsittlichen Verhaltens nach § 2333 Nr. 5 BGB. erfolgt ist und der Bedachte beim Tode des überlebenden Ehegatten sich dauernd von dem ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandel abgewendet hat. (§ 2336 Abs. 4 BGB.) Soweit Verfehlungen gegen den überlebenden Ehegatten in Betracht kommen, schließt Verzeihung des Überlebenden dessen Aufhebungsbefugnis aus, da es dann an der Voraussetzung für diese gebricht. Dagegen ist Verzeihung nach erfolgter Aufhebung ohne Bedeutung. § 2337 S. 2 BGB. ist nicht entsprechend anzuwenden [5]). Das ist daraus zu folgern, daß § 2271 Abs. 2 BGB. diese Bestimmung nicht zitiert, sondern ausdrücklich nur auf den § 2336 BGB. verweist. Das Gesetz hat nicht nur im Interesse der Rechtssicherheit

---

4) Testament oder einseitige Verfügung nach § 2299 Abs. 1 BGB.

5) A. A. Strohal S. 398 und Meyer S. 58 Anm. 59. Vgl. dagegen Planck S. 752 vor § 2295 und Dernburg S. 284 Anm. 7.

(mit Rücksicht auf das Hinfälligwerden anderweiter Verfügungen), sondern auch mangels eines Bedürfnisses auf die Anwendbarkeit des § 2337 S. 2 verzichtet. Dem überlebenden Ehegatten steht es ja immer frei, den ursprünglich Bedachten nach der Verzeihung von neuem zu bedenken. Insofern ist auch hier die Rechtslage nicht dieselbe wie in § 2336 Abs. 4 BGB. Im Falle des § 2333 Nr. 5 BGB. wird der Überlebende oft gar nicht erfahren, daß der Bedachte den unsittlichen Lebenswandel aufgegeben hat und darum erscheint es dort durchaus gerechtfertigt, daß die Aufhebung ohne weiteres unwirksam wird, wenn die Voraussetzung hierfür eintritt.

Aus der Fassung des § 2294 BGB. „schuldig macht", geht hervor, daß nur solche Verfehlungen in Betracht kommen, die n a c h dem Tode des erstversterbenden Ehegatten begangen werden. Verfehlungen aus der Zeit v o r dessen Tod oder v o r Errichtung des Testaments (insoweit können auch solche gegenüber dem verstorbenen Ehegatten in Betracht kommen), berechtigen dann zur Aufhebung, wenn sie nach dem Tode des erstverstorbenen Gatten dem überlebenden Ehegatten bekannt werden. Ist dagegen die Verfehlung schon bei Lebzeiten beider Erblasser bekannt geworden, so ist darin, daß die zugunsten des Dritten getroffene Verfügung nicht aufgehoben worden ist, wozu es übrigens der Wahrung der Form des § 2271 Abs. 1 S. 1 BGB. bedurft hätte, eine Verzeihung zu erblicken, die eine Aufhebung nach Maßgabe des § 2294 BGB. ausschließt.

Aus dem Wortlaut des § 2271 Abs. 2 S. 3 BGB. darf nicht geschlossen werden, daß der überlebende Ehegatte ohne vorherige Annahme der Zuwendung seine Verfügung zugunsten des Dritten nicht aufheben könne. Der Zusammenhang der Bestimmungen ergibt ohne weiteres, daß „nach der Annahme" lediglich im Sinne

von „trotz Annahme“ zu verstehen ist und daß die Aufhebungsbefugnis des überlebenden Ehegatten von der Annahme der Zuwendung zeitlich nicht abhängig gemacht ist.

Da die Aufhebung nach § 2271 Abs. 2 S. 3 BGB. zugleich auch im Sinne des verstorbenen Ehegatten geschieht, der, wenn er noch lebte, bei pflichtwidrigem Verhalten des Bedachten sicher die Aufhebung durch den überlebenden Ehegatten billigen würde, so hat sie nicht die Unwirksamkeit der vom verstorbenen Ehegatten zugunsten des überlebenden Gatten, des pflichtwidrigen Dritten oder eines andern korrespektiv Bedachten getroffenen korrespektiven Verfügungen gemäß § 2270 Abs. 1 BGB. zur Folge.

### § 14.

### *β) Die sog. Enterbung in guter Absicht.*

Ist in einem korrespektiven Testament ein pflichtteilsberechtigter Abkömmling der Erblasser oder eines von ihnen bedacht und in solchem Maße der Verschwendung ergeben oder derart überschuldet, daß sein späterer Erwerb erheblich gefährdet erscheint, so kann der überlebende Ehegatte gleich dem Vertragserblasser nach § 2289 Abs. 2 BGB. das Pflichtteilsrecht des von ihm, nicht auch vom Verstorbenen bedachten Abkömmlings beschränken, indem er die nach § 2338 BGB. zulässigen Anordnungen trifft. (§ 2271 Abs. 3 BGB.)[1] Er kann also bestimmen, daß

1. zu Lebzeiten des Bedachten die Verwaltung des diesem zufallenden Erbteils oder Vermächtnisses

---

1) Die exheredatio bona mente des gemeinen Rechts. Die Bestimmung war im 2. Entwurf nicht enthalten, sondern wurde erst durch die Bundesratsvorlage im Anschluß an die preußische Praxis aufgenommen.

einem Testamentsvollstrecker übertragen wird, der dem Bedachten den jährlichen Reinertrag der Zuwendung auszuzahlen hat (§ 2338 S. 2 und 3 BGB.),

2. nach dem Ableben des Bedachten dessen gesetzliche Erben das ihm durch die korrespektive Verfügung Zugewendete als Nacherben oder Nachvermächtnisnehmer nach Verhältnis ihrer gesetzlichen Erbteile erhalten. (§ 2338 S. 1 BGB.) Die zur Sicherung der Nacherben dienenden Vorschriften der §§ 2127/9 BGB. finden Anwendung.

Die Anordnungen nach § 2338 BGB. wollen die Zuwendung dem Bedachten nicht entziehen, sondern sichern, sie sind Maßnahmen zum Schutz des verschwenderischen oder überschuldeten Abkömmlings [2]) und haben darum auch nicht die Unwirksamkeit der entsprechenden korrespektiven Verfügungen des andern Ehegatten gemäß § 2270 Abs. 1 BGB. zur Folge.

Die beschränkenden Anordnungen können schon bei Lebzeiten der Erblasser einseitig verfügt werden, ohne daß es zuvor eines Widerrufs in der Form des § 2271 Abs. 1 BGB. bedarf. Der Abs. 3 des § 2271 BGB. bezieht sich, wie schon äußerlich hervorgehoben ist, nicht nur auf den Abs. 2, sondern auch auf Abs. 1. Er verweist ferner nicht direkt auf § 2338 BGB., sondern auf § 2289 Abs. 2 BGB., der von einer späteren letztwilligen Verfügung spricht, die aber nicht unbedingt nach dem Tode des erstverstorbenen Ehegatten erfolgen muß.

Die Anordnungen nach § 2338 BGB. erfolgen durch letztwillige Verfügung. Der Grund der Anordnungen muß zur Zeit der Errichtung bestehen und in der Verfügung angegeben sein. Der Beweis des Grundes liegt demjenigen ob, der sich auf die Anordnungen beruft.

---

2) Vgl. Denkschrift S. 435.

(§ 2338 Abs. 2 S. 1 BGB.) Hat der Abkömmling zur Zeit des Todes des überlebenden Ehegatten sich dauernd von dem verschwenderischen Leben abgewendet oder besteht die den Grund der Anordnung bildende Überschuldung nicht mehr, so sind die Anordnungen unwirksam. (§ 2338 Abs. 2 S. 2 BGB.) Wegen der Einzelheiten wird auf § 13 verwiesen.

## § 15.

### γ) *Das Anfechtungsrecht des Überlebenden.*

Es bleibt endlich noch zu erörtern, ob der überlebende Ehegatte die Bindung auch durch Anfechtung seiner korrespektiven Verfügung lösen kann.

Gleich der herrschenden Ansicht des gemeinen Rechts bejaht die Literatur des BGB. fast übereinstimmend die Frage mit der Begründung, daß nach Eintritt der Bindung die Rechtslage des überlebenden Testamentserblassers im Verhältnis zum bedachten Dritten der des Vertragserblassers tatsächlich gleichzuachten sei und daher billigerweise auch dem überlebenden Ehegatten gestattet sein müsse, seine korrespektiven Verfügungen analog §§ 2281 ff. BGB. anzufechten [1]).

Für die Verneinung der Frage tritt mit ausführlicher Begründung Mantey [2]) ein: Ein solches Anfechtungsrecht widerspreche nicht nur dem mutmaßlichen Willen der Eheleute, sondern auch dem Bestreben des Gesetzes nach möglichster Aufrechterhaltung der Verfügungen von Todeswegen. Auch die analoge Anwendung des Erbvertragsrechts versage, da die Eheleute

---

1) Strohal S. 338 und 346, Endemann S. 196, Planck S. 706, Dernburg S. 258, Staudinger S. 618, Meyer S. 52 Anm. b.

2) In Gruchot Bd. 52 S. 384 ff.

dadurch, daß sie die Form des gemeinschaftlichen Testaments wählten, ihre Verfügungen nach Testaments- und nicht nach Erbvertragsrecht beurteilt wissen wollten. Aus den Vorschriften des Testamentsrechts ergebe sich aber nichts für ein Anfechtungsrecht des überlebenden Ehegatten. Überdies fehle es auch an einem Anfechtungsgegner. Die Gründe Manteys gegen das Anfechtungsrecht des überlebenden Ehegatten vermögen nicht zu überzeugen. Die Tendenz, dem gebundenen überlebenden Erblasser ein Anfechtungsrecht zuzugestehen, ist durchaus zu billigen. Was dem gebundenen Vertragserblasser möglich ist, muß auch dem gebundenen Testamentserblasser möglich sein, denn mehr als jenen darf und will das Gesetz diesen nicht binden. In Bezug auf die analoge Anwendung des § 2281 BGB. kann jedoch den Vertretern der herrschenden Ansicht nicht beigestimmt werden. Die Anwendbarkeit des § 2281 BGB. scheidet um deswillen aus, weil das Gesetz diese nicht ausdrücklich angeordnet, demnach darauf verzichtet hat (siehe S. 57). Ebensowenig kann die Anfechtbarkeit aus den Bestimmungen des Testamentsrechts hergeleitet werden, die zwar ein Anfechtungsrecht Dritter gemäß §§ 2078, 2079 BGB., nicht aber des Erblassers kennen. Es muß vielmehr auf die allgemeinen Anfechtungsvorschriften (§§ 119, 123 BGB.) zurückgegriffen werden. Diese haben auf alle Willenserklärungen, also auch auf letztwillige Anwendung zu finden, soweit sie nicht durch Sondervorschriften, wie bei der Ehe (§§ 1332/5 BGB.) und bei letztwilligen Verfügungen (für Dritte) (§§ 2078 ff. BGB.) ersetzt worden sind.

Demgemäß kann der überlebende Ehegatte seine korrespektive Verfügung anfechten, wenn er

a) bei deren Errichtung über den Inhalt der Erklärung im Irrtum war oder eine Erklärung dieses In-

halts überhaupt nicht abgeben wollte und anzunehmen ist, daß er diese bei Kenntnis der Sachlage und verständiger Würdigung des Falls nicht abgegeben haben würde (§ 119 BGB.),

b) zur Errichtung seiner Verfügung durch arglistige Täuschung oder widerrechtlich durch Drohung bestimmt worden ist, sofern er ohne die Täuschung oder Drohung anders verfügt haben würde. (§ 123 BGB.)

Als besonderer Fall des Irrtums ist der Irrtum im Beweggrunde [3]) hervorzuheben, der dann vorliegt, wenn der überlebende Ehegatte einen zur Zeit der Anfechtung vorhandenen Pflichtteilsberechtigten übergangen hat, dessen Vorhandensein ihm bei Errichtung der Verfügung nicht bekannt war und auch zu Lebzeiten des andern Erblassers nicht bekannt geworden ist oder der erst nach dem Ableben des andern Ehegatten [4]) bezw. schon nach Errichtung der Verfügung, aber ohne Kenntnis des Überlebenden bis zum Tode des Verstorbenen geboren oder pflichtteilsberechtigt geworden ist. Das ist beispielsweise dann der Fall, wenn der überlebende Ehegatte einen Abkömmling nicht berücksichtigt, der bei der Testamentserrichtung seiner Meinung nach nicht mehr am Leben war, oder eine zweite Ehe geschlossen und in dieser Kinder erzeugt hat. Auch die Annahme an Kindesstatt (§ 1746 BGB.) und Ehelichkeitserklärung (§ 1723 ff. BGB.) sind in diesem Zusammenhang zu erwähnen. Selbstredend ist die Anfechtung auch in diesen Fällen unzulässig, wenn anzunehmen ist, daß der Erblasser auch bei Kenntnis der Sachlage die korrespektive Verfügung getroffen haben würde, denn dann

---

3) Vgl. Strohal S. 298 Anm. 8 und RG. in Gruchot Bd. 50 S. 112.

4) A. A. Planck S. 708.

kann von einem Irrtum im Beweggrunde nicht mehr die Rede sein.

Die Anfechtung muß im Falle des § 119 BGB. ohne schuldhaftes Zögern erfolgen, nachdem der überlebende Ehegatte von dem Anfechtungsgrunde Kenntnis erlangt hat. Die Anfechtung gemäß § 123 BGB. kann nur binnen Jahresfrist geschehen, die mit dem Zeitpunkte beginnt, in dem der überlebende Ehegatte die Täuschung entdeckt bezw. die Zwangslage aufhört (§ 124 Abs. 2 BGB.). Sie ist nicht mehr möglich, wenn seit Errichtung des korrespektiven Testaments 30 Jahre verstrichen sind. (§§ 121 Abs. 2, 124 Abs. 3 BGB.)

Die Anfechtung erfolgt durch formlose Erklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner. (§ 143 Abs. 1 BGB.) Da das korrespektive Testament als ein nicht empfangsbedürftiges, einseitiges Rechtsgeschäft weder einem andern, noch einer Behörde gegenüber zu erklären war, so ist nach § 143 Abs. 4 BGB. Anfechtungsgegner derjenige, der aus der Verfügung unmittelbar einen rechtlichen Vorteil erlangt hat. Das ist aber der Bedachte, der, solange der Überlebende lebt, zwar noch kein Recht auf dessen Zuwendung, aber doch mit dem Eintritt der Bindung und zufolge dieser eine Anwartschaft auf die Zuwendung erlangt hat [5]).

Die Anfechtung ist außer bei Fristversäumnis auch dann ausgeschlossen, wenn

1. der überlebende Ehegatte die Zuwendung trotz Kenntnis seines Anfechtungsrechts angenommen hat, da ein solches Handeln arglistig sein und gegen Treu und Glauben verstoßen würde,

---

5) Anders freilich der Bedachte bei Lebzeiten der Erblasser, der auch keine Anwartschaft auf deren Zuwendung hat, da das korrespektive Testament bis zum Ableben eines Ehegatten jederzeit widerrufbar ist.

2. die anfechtbare Verfügung von dem Überlebenden bestätigt wird. (§ 144 BGB.) Die Bestätigung kann, da sie einer letztwilligen Verfügung gleichzuachten ist, nur durch diesen persönlich erfolgen. Folglich ist der Geschäftsunfähige auch bestätigungsunfähig, der in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Überlebende dagegen nicht. Da dieser nach § 2229 Abs. 1 BGB. ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters ein korrespektives Testament errichten kann, wäre es widersinnig, wollte man ihm ohne dessen Zustimmung das Bestätigungsrecht versagen [6]).

Die Fristversäumnis, Annahme der Zuwendung trotz Kenntnis des Anfechtungsrechts und die Bestätigung haben auf das Anfechtungsrecht der Pflichtteilsberechtigten keinen Einfluß. Diese können auf Grund von § 2079 BGB. auch nach dem Tode beider Erblasser noch anfechten. Anders beim Erbvertrage. Hat der Vertragserblasser nicht rechtzeitig nach § 2283 BGB. angefochten, oder hat er seine Verfügung bestätigt, dann ist auch das Anfechtungsrecht der Dritten erloschen (§ 2285 BGB.), so daß diese dann nur noch, nötigenfalls im Klagweg, ihre Pflichtteile gegen den Nachlaß geltend machen können. (§ 2303 BGB.)

Die Anfechtung bewirkt Nichtigkeit der angefochtenen Verfügung im Umfang der Anfechtung mit rückwirkender Kraft und Eintritt der gesetzlichen Erbfolge. (§ 142 Abs. 1 BGB.)

Die Nichtigkeit der angefochtenen Verfügung hat zur Folge, daß die dieser entsprechende Verfügung des Verstorbenen nach § 2270 Abs. 1 BGB. als von Anfang an unwirksam gilt. Der überlebende Ehegatte muß

---

6) Der geschäftsbeschränkte Vertragserblasser kann zufolge § 2284 BGB. nicht bestätigen.

dann das etwa schon Empfangene herausgeben, soweit es das ihm gesetzlich Zukommende übersteigt.

Macht der Überlebende von seinem Anfechtungsrecht keinen Gebrauch, so bleibt er an seine korrespektive Verfügung gebunden; er kann folglich auch die Anfechtungsberechtigten nach § 2080 BGB. nicht letztwillig bedenken. Freilich wird, wenn diese ihre gesetzlichen Ansprüche gegen den Nachlaß des letztverstorbenen Ehegatten geltend machen, dessen korrespektive Verfügung insoweit entkräftet [7]).

---

7) Ebenso fürs gemeine Recht RG. (J. W. 02, 370 Nr. 37).